

Montevideo, 28⁷ de abril de 2009

Señora Decana de la
Facultad de Derecho
de la Universidad de la República
Prof. Esc. Dora BAGDASSARIÁN
Presente

De mi más elevada consideración:

Cumpliendo con la solicitud del Consejo Directivo Central que usted me ha transmitido, paso a emitir mi dictamen sobre la eventual incidencia de la Ley N° 18.437 en la posibilidad de cobro de derechos universitarios por actividades de posgrado¹. Desde ya me adelanto a decir que la citada Ley no ha alterado el marco legislativo dentro del cual fue adoptada la Ordenanza de Carreras de Posgrado de 25-IX-2001 (cuyo art. 10 prevé la mencionada posibilidad) y que el referido cobro de derechos universitarios no infringe ninguna norma constitucional ni de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes para nuestro país.

I. PLANTEO

1. Alcance de la consulta. – Según lo que la Señora Decana me ha manifestado al transmitirme la consulta, no se pide un estudio general sobre el principio de gratuidad y su aplicación a todas y cada una de las actividades de la Universidad de la República, sino sólo acerca de los puntos comprendidos en el pedido de informes

2. El problema. – El problema a resolver puede resumirse en los términos siguientes:

a) La Universidad de la República, en aplicación de las normas constitucionales y legales a ella referidas – en particular, el art. 71 de la Constitución y la Ley Orgánica de la Universidad de la República –, prescribe en forma general y absoluta la gratuidad en las carreras de grado, pero en cuanto a las actividades de posgrado distingue dos situaciones: algunas son necesariamente gratuitas y otras pueden ser onerosas (Ordenanza de Carreras de Posgrado de 2001).

b) La Ley General de Educación N° 18437 establece en términos aparentemente generales y absolutos la gratuidad de la enseñanza oficial.

c) Un legislador ha formulado un pedido de informes en el cual (en lo que interesa para el presente dictamen jurídico) pregunta *qué medidas tomará la Universidad de la República para cumplir con la nueva ley vigente, considerando que en la actualidad otorga títulos de posgrado cobrando aranceles o matrículas, cuando los programas son preponderantemente profesionales.*

3. Etapas para la solución. – Para resolver el problema planteado es necesario analizar tres niveles jurídicos distintos:

a) En primer lugar, el marco supralegislativo (Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos), para determinar si en él se establece el principio de

¹ Hemos empleado en general la grafía preferida por la Real Academia Española (“posgrado”), salvo cuando se trata de citas de la Ley General de Educación, pues en ella se optó por la forma (también admitida) de “postgrado”.

gratuidad con un alcance tal que comprende incluso a todos los cursos y carreras posteriores a la obtención de un grado universitario;

b) El marco legislativo y reglamentario anterior a la ley general de educación, para determinar con precisión cuál era la situación preexistente a la Ley General de Educación;

c) La eventual incidencia que sobre esa situación preexistente pueda haber tenido la Ley General de Educación, interpretada a la luz de las normas supralegislativas

II. MARCO JURÍDICO SUPRALEGISLATIVO: LA CONSTITUCIÓN Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A) La Constitución

4. El principio de gratuidad y su alcance. – El art. 71 inc. 1° de la Constitución dispone lo siguiente:

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

En mi opinión, que he expresado anteriormente en múltiples oportunidades, esta disposición establece sin lugar a dudas la gratuidad de la enseñanza oficial en los grados o niveles y los órdenes o ramas que especifica (primaria, media y superior; industrial y artística y educación física). En efecto, pese a la peculiar redacción del artículo, debe recordarse que en el momento en que se incorporó a la Constitución (1934) dicha enseñanza ya era gratuita, de modo que al declarar de utilidad social a dicha gratuidad no se estaba innovando, sino garantizando el mantenimiento de una conquista ya obtenida. Mal podría el legislador futuro eliminar total o parcialmente esa gratuidad, porque estaría incurriendo en un acto de “inutilidad social” o de “utilidad antisocial”, lo cual sería contrario a los principios fundamentales de nuestro régimen constitucional. Pero lo antedicho no alcanza para determinar si la gratuidad está también impuesta para los estudios de posgrado, cosa que analizaremos en los párrafos siguientes².

5. Falta de mención expresa de los estudios de posgrado. – El primer argumento para entender que los estudios de posgrado no están comprendidos en el precepto constitucional que impone la gratuidad de la enseñanza oficial consiste en que no hay en la Constitución ninguna mención expresa de ellos, por lo menos con el nombre específico de “posgrado” – que, por otra parte no era de uso corriente en la época en el Uruguay. Este argumento se fortalece cuando se añaden los elementos que se desarrollan en los dos párrafos siguientes, es decir, la regulación del perfeccionamiento y la especialización por separado de la enseñanza, y la distinción entre estudiantes y egresados

6. Enseñanza, perfeccionamiento y especialización. – En la misma disposición transcrita, y a continuación de la referencia a la gratuidad, se declara también de utilidad social “la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera”. Precisamente el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española (DRAE) define a “posgrado” como “Ciclo de estudios de *especialización* posterior a la graduación o licenciatura”, y la Ley General de Educación, en su art. 32 (titulado “De la educación de postgrado”), concordantemente, dice que “Los postgrados universitarios corresponden a estudios realizados con posterioridad a la obtención de un primer grado universitario o licenciatura. Estos cursos pueden ser de especialización, diplomaturas, maestría o doctorado”. Es posible entonces inferir que:

² Desde luego, quienes no compartan nuestra interpretación del art. 71 inc. 1° acerca de la gratuidad de la enseñanza no necesitarán de ningún argumento más para concluir que los cursos y carreras oficiales de postgrado no tienen por qué ser gratuitos.

a) El perfeccionamiento y la especialización (por lo menos cuando se trate de la que se califica como “cultural” o “científica”³) se regulan por separado de la “enseñanza” en general.

b) Para la enseñanza, a la que se refiere la primera parte del artículo, el principio es la gratuidad; para el perfeccionamiento y la especialización, la declaración de utilidad social de la creación de “becas” sugiere que la onerosidad no está excluida, aunque obviamente una beca (según el DRAE, “Subvención para realizar estudios o investigaciones”) puede referirse no sólo a una exención de los derechos de matrícula o a un pago destinado a sufragarlos, sino también a una compensación económica por el tiempo que se dedique al estudio o la investigación, en lugar de a un trabajo remunerado.

7. Distinción entre estudiantes y egresados. – Por otro lado, cuando el art. 203 inc. 2º de la Constitución regula la integración del “Consejo Directivo de la Universidad de la República” y de “los Consejos de sus órganos”, dice que éstos “serán electos por docentes, *estudiantes y egresados*, conforme a lo que establezca la ley”. De tal manera establece (mejor dicho, confirma) la distinción fundamental entre el estudiante y el egresado (o “profesional”, como dicen algunas disposiciones de la Ley Orgánica de la Universidad⁴). Quien ha obtenido la calidad de egresado deja de ser estudiante, a menos que siga cursando otra carrera de grado dentro de la misma facultad, porque entonces el orden de prelación establecido por el art. 71 de la Ley Orgánica de la Universidad determinaría el mantenimiento de la calidad de estudiante. La existencia de esa distinción hace posible, en consecuencia, una diferenciación en lo tocante a la gratuidad, entendiendo que el principio de gratuidad se aplica preceptivamente a los estudiantes (es decir, a quienes cursan carreras *de grado*), mientras que para los que ya han dejado de ser estudiantes pero retornan para cursar estudios de posgrado no está excluido el establecimiento de la onerosidad, pues la gratuidad ya no es preceptiva.

8. Conclusiones parciales. – De lo expuesto se deduce, en lo que interesa para el presente dictamen, que las normas constitucionales no impiden el cobro de derechos o matrículas por estudios de posgrado.

B) Los instrumentos internacionales de derechos humanos

9. Contenido y alcance. – Los instrumentos internacionales no mencionan expresamente a los posgrados y no imponen directamente la gratuidad de la enseñanza superior (lo cual incluye a los eventuales estudios de posgrado dentro de instituciones de enseñanza superior), pues sólo prevén, para la enseñanza superior, el establecimiento progresivo de la enseñanza gratuita. Las disposiciones pertinentes son las siguientes:

a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en su artículo 13, comienza por establecer en su párrafo 1 el derecho de toda persona a la educación y los principios que deben inspirar a ésta, y agrega, en su párrafo 2, apartados a) a c), lo siguiente

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

a) *La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;*

b) *La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;*

³ No resulta tan claro el sentido del calificativo “obrera”, que podría comprender tanto a tanto a los estudios posteriores a la formación en artes u oficios obtenida en la enseñanza “industrial” como a tipos de enseñanza o educación no formal destinados a obreros

⁴ Véanse los arts. 17.b), 29.c), 33, 36-b (egresados) y 36 párr. final, 71 párr. 1º y 72 párr. 2º (profesional).

c) *La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la **implantación progresiva de la enseñanza gratuita;***"

b) El Protocolo de San Salvador, también en su artículo 13, contiene disposiciones casi idénticas, aunque desdobra el contenido del párr. 1 del PIDESC en dos párrafos. El texto concordante con el párr. 2 es el siguiente:

"3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

*c. la **enseñanza superior** debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la **implantación progresiva de la enseñanza gratuita;***"

10. Interpretación y consecuencias. – Las normas que se han transcrito no hacen preceptiva para todos los Estados partes la gratuidad de la enseñanza superior. Se limitan a establecer el deber de hacerla "accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados", entre los cuales destacan, "en particular", el de "la implantación progresiva de la enseñanza gratuita". Esa formulación fija una meta e impone ir avanzando hacia su logro (aunque no se especifique a qué ritmo), y a la vez impide retroceder en lo ya avanzado. Por lo tanto, en este punto incide la distinta situación de los Estados partes en el momento de entrada en vigencia de los respectivos instrumentos. En el caso del Uruguay, en esas fechas ya era gratuita la enseñanza superior (pero no necesariamente los posgrados), de modo que ni aún modificando la Constitución sería posible eliminar total o parcialmente la gratuidad de la enseñanza superior⁵.

11. Conclusiones parciales. – De lo expuesto se deduce, en lo que interesa para el presente dictamen, que los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes para el Uruguay no impiden el cobro de derechos o matrículas por estudios de posgrado.

III. MARCO LEGISLATIVO Y REGLAMENTARIO ANTERIOR A LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

12. Planteo. – El análisis del marco legislativo y reglamentario anterior a la ley general de educación permitirá determinar cuál era la situación preexistente a la Ley General de Educación (y también la situación actual, en caso de que, como se sostiene en el presente dictamen, la nueva ley no haya tenido el efecto de modificar el régimen preexistente en esta materia). Por lo tanto, corresponde examinar las normas pertinentes de la Ley Orgánica de la Universidad y de la Ordenanza de Carreras de Posgrado.

⁵ Ni de la enseñanza secundaria, para la cual rige también el principio de implantación progresiva de la gratuidad, incluso con mayor intensidad, porque se dispone que "debe ser generalizada y hacerse accesible a todos", sin otra calificación, mientras que para la enseñanza superior no existe el deber de generalizarla, sino sólo el de hacerla "accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno". Para la enseñanza primaria la gratuidad es siempre preceptiva.

13. La Ley Orgánica de la Universidad. – En el curso del proceso que llevó a la aprobación de la Ordenanza de Carreras de Posgrado, la Universidad de la República contó con el asesoramiento de su Dirección General Jurídica, que por intermedio del Dr. Emilio Biasco entendió que la Ley Orgánica de la Universidad no impedía el cobro de derechos universitarios por los estudios de posgrado. Dicho asesoramiento no ha sido cuestionado en el pedido de informes que dio origen a la solicitud de que se expidiera el presente dictamen, de modo que no corresponde volver a analizar el punto. Por lo que conocemos, tampoco había sido cuestionado en ningún otro momento. En consecuencia cabe considerar que se trata de uno de los elementos de la situación preexistente a la Ley General de Educación.

14. La Ordenanza de Carreras de Posgrado. – El 25-IX-201, el Consejo Directivo Central de la Universidad de la República aprobó la Ordenanza de Carreras de Posgrado, cuyo art. 10 dispone lo siguiente:

“Las actividades reglamentadas por esta Ordenanza, así como los títulos y certificados de estudios otorgados, serán gratuitos (Ley N° 12.549, artículo 66).

Podrán ser objeto de cobro de derechos universitarios, las actividades de posgrado que culminen en diplomas, especializaciones y maestrías de perfil preponderantemente profesional (Ley N° 12.549, artículo 66).

Los planes y programas sujetos al cobro de derechos universitarios, deberán ser aprobados por la mayoría absoluta de componentes del Consejo Directivo Central, previo asesoramiento de la Comisión de Posgrados.

No serán objeto de cobro de derechos universitarios, los planes y programas que culminen en la obtención de Doctorados o Maestrías, de perfil preponderantemente académico.”

Aunque es notorio que en lo tocante al mérito intrínseco de la Ordenanza de Carreras de Posgrado se han manifestado opiniones discrepantes – y en algunos casos sumamente críticas – en el seno de la Universidad de la República, dicha Ordenanza, en cuanto es de nuestro conocimiento, no ha sido objeto de cuestionamientos formales de carácter jurídico. En consecuencia cabe considerar que se trata de otro de los elementos de la situación preexistente a la Ley General de Educación.

15. Conclusiones parciales. – De lo expuesto se deduce que, de conformidad con la interpretación no impugnada de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Universidad y con arreglo a una Ordenanza específica dictada por el Consejo Directivo Central de la Universidad de la República, pueden ser objeto de cobro de derechos universitarios las actividades de posgrado que culminen en diplomas, especializaciones y maestrías de perfil preponderantemente profesional.

IV. LA EVENTUAL INCIDENCIA DE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

16. Planteo. – El texto de la Ley General de Educación puede hacer surgir la duda de si el principio de gratuidad establecido en su art. 15 y desarrollado en su art. 16 es aplicable también a los estudios de posgrado dictados por instituciones estatales de enseñanza. Como se verá, la Ley General de Educación ha salvaguardado la vigencia de la Ley Orgánica de la Universidad, de modo que cabe entender que no ha tenido el efecto de alterar la ya descrita situación preexistente en materia de posibilidad de cobro de derechos universitarios por estudios de posgrado.

17. El principio de gratuidad. – La Ley General de Educación establece y desarrolla el principio de gratuidad en las siguientes disposiciones:

“Artículo 15. (Principios).- La educación estatal se regirá por los principios de

gratuidad, de laicidad y de igualdad de oportunidades, además de los principios y fines establecidos en los títulos anteriores. Toda institución estatal dedicada a la educación deberá velar en el ámbito de su competencia por la aplicación efectiva de estos principios.

Artículo 16. (De la gratuidad).- El principio de gratuidad asegurará el cumplimiento efectivo del derecho a la educación y la universalización del acceso y permanencia de las personas en el sistema educativo.”

Leídas aisladamente, las disposiciones transcritas podrían hacer pensar que ninguna institución educativa estatal podría percibir nada a cambio de la realización de ninguna de sus actividades. Sin embargo, por aplicación de otras normas de la propia Ley General de Educación que salvaguardan la plena vigencia de la Ley Orgánica de la Universidad, así como de los criterios generales de interpretación de las leyes y del principio específico de interpretación e integración de la Ley General de Educación, es preciso llegar a la conclusión de que no se ha alterado el régimen preexistente en materia de cobro de derechos universitarios por estudios de posgrado.

18. Reconocimiento de la plena vigencia de la Ley Orgánica de la Universidad de la República. – El primero de los argumentos, que ha sido expuesto con gran claridad y precisión en el muy bien fundado dictamen de la Dirección General Jurídica, expedido el 12-II-2009 por la Dra. Gabriela Tellechea, se funda en el reconocimiento de la plena vigencia de la Ley Orgánica de la Universidad y en la inexistencia de derogación expresa o tácita de ninguno de sus preceptos.

a) *Reconocimiento de la plena vigencia de la Ley Orgánica de la Universidad:* La Ley General de Educación reconoce la plena vigencia de la Ley Orgánica de la Universidad en los términos siguientes:

“Artículo 80. (Régimen legal).- La Universidad de la República se regirá por la Ley N° 12.549, de 16 de octubre de 1958. El Instituto Universitario de Educación y los Institutos de Educación Terciaria se regirán por las disposiciones de la presente ley.”

En otras palabras, la Ley General de Educación se aplica sin excepción alguna al Instituto Universitario de Educación y a los Institutos de Educación Terciaria, pero sólo se aplica a la Universidad de la República en cuanto sea conciliable con la Ley Orgánica de ésta. Ello se aplica, en particular, al régimen de cobro de derechos universitarios por estudios de posgrado. El principio de gratuidad sigue rigiendo para la Universidad de la República en las mismas condiciones en que ha regido desde la entrada en vigencia de su Ley Orgánica.

b) *Inexistencia de derogación:* La Ley General de Educación no ha derogado ninguna de las normas de la Ley Orgánica de la Universidad, ni expresa ni tácitamente, como también se fundamenta clara y terminantemente en el citado dictamen de la Dra. Tellechea. En primer lugar, no hay referencia alguna a la Ley N° 12.549 en las derogaciones expresas y específicas contenidas en el Título VII, “Derogaciones y observancias”. En segundo lugar, no se ha operado una derogación tácita por aplicación del art. 10 del Código Civil, ni por aplicación de la disposición genérica del Título VII, que abarca a “todas las disposiciones legales que se opongan a la presente ley”. Ello es así porque, como ya se ha demostrado en el presente dictamen y en el de la Dra. Tellechea, no existe inconciliabilidad entre las disposiciones de una y otra ley en el punto que en el caso interesa, y asimismo porque, en caso de que existiera tal inconciliabilidad, el reconocimiento de la plena vigencia de la Ley Orgánica de la Universidad en el ya transcrito art. 80 de la Ley General de Educación impediría que se operara la derogación.

19. Criterios generales de interpretación: ley general y ley especial. – Además, como ha fundamentado excelentemente la Dra. Tellechea, es aplicable al caso una de las “reglas lógicas que gobiernan las tareas del intérprete”, según la cual “la ley general no deroga necesariamente a la ley especial”, en particular cuando el carácter de ley especial está reconocido expresamente en

la ley general posterior, como ocurre en este caso con el art. 80 de la Ley General de Educación en relación con la Ley Orgánica de la Universidad.

20. Criterios específicos de interpretación e integración. – Por último, debe tenerse muy presente la norma especialmente dirigida a regular la interpretación y la integración de la Ley General de Educación, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 120. (Principio específico de interpretación e integración).- Para la interpretación e integración de la presente ley se deberá tener en cuenta el interés superior del educando, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.”

Aplicando ese criterio a la interpretación del principio de gratuidad, puede inferirse que las actividades realizadas por instituciones educativas estatales serán gratuitas para sus beneficiarios en la medida en que pueda considerarse que aquéllos caben dentro del concepto de “educando” y en cuanto ello sea necesario para asegurar “el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana”. No parece que esas circunstancias estén presentes en el caso de un egresado que retorna a su casa de estudios para beneficiarse de estudios de posgrado dirigidos a su perfeccionamiento como profesional o a su especialización en determinada rama de su profesión, para los cuales, de conformidad con la normativa constitucional y si las circunstancias lo hacen aconsejable, podrá solicitar y eventualmente obtener una beca.

21. Conclusiones parciales. – De lo expuesto se deduce que la Ley General de Educación no ha tenido el efecto de alterar la ya descrita situación preexistente en materia de posibilidad de cobro de derechos universitarios por estudios de posgrado

V. CONCLUSIONES GENERALES Y SUGERENCIA ADICIONAL

22. Conclusiones generales. – En virtud de todo lo expuesto, cabe concluir que:

a) No hay ni en la Constitución ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes para el Uruguay norma alguna que impida el cobro de derechos o matrículas por estudios de posgrado;

b) Respetando ese marco supralegislativo, y de conformidad con la Ley Orgánica de la Universidad y la Ordenanza de Carreras de Posgrado, pueden ser objeto de cobro de derechos universitarios las actividades de posgrado que culminen en diplomas, especializaciones y maestrías de perfil preponderantemente profesional

c) La situación preindicada no ha sido alterada por la entrada en vigencia de la Ley General de Educación.

23. Sugerencias. – Sin perjuicio de lo que antecede, puede ser prudente promover la sanción y promulgación de una ley interpretativa de los artículos 15 y 16 de la Ley General de Educación y el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Universidad que declare que no hay nada en dichas normas que se oponga al cobro de derechos universitarios por las actividades de posgrado que culminen en diplomas, especializaciones y maestrías de perfil preponderantemente profesional.

Saludo con mi consideración más distinguida a la Señora Decana y por su intermedio al Señor Rector y demás miembros del Consejo Directivo



de dicho órgano para ampliar o aclarar el presente dictamen, si ello se considera necesario.

Alberto Pérez Pérez