

El Homeschooling: La cuestión argentina. Su incipiente recepción en los tribunales y comparación con el caso estadounidense

Por Alejandro Pontel

Resumen. La tendencia conocida como *homeschooling* o educación domiciliaria se ha vuelto una opción cada vez más usual entre las familias como alternativa para educar a sus hijos. Más allá del juicio sobre la conveniencia o no de esta práctica, es innegable que tiene implicancias sobre varios derechos constitucionales. Hace pocos años nuestros tribunales han comenzado a recibir casos sobre esta modalidad educativa. El balance entre interés superior del niño, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y el estado como garante del derecho a la educación conforman el núcleo de una cuestión central en materia de derechos humanos. Teniendo en cuenta que hay un vacío legal sobre la cuestión, el trabajo se propone, en primer lugar, estudiar la incipiente jurisprudencia sobre la educación domiciliaria en los tribunales del país. Además, se examinará la jurisprudencia estadounidense sobre el tema, cuyo *leading case* es pionero en el tratamiento sobre la educación domiciliaria. Un análisis de la respuesta de los tribunales argentinos a esta modalidad y la comparación con el ejemplo estadounidense ayudarán a comprender y quizá hasta señalar el camino de una futura legislación sobre un tema en actual desarrollo.

Palabras clave: Derecho a la educación - Libertad educativa - Homeschooling- Jurisprudencia- Interés superior del niño – Derechos Constitucionales.

Abstract. The known trend for homeschooling has become an increasingly common choice among families as an alternative to raising their children. Beyond the judgment on whether or not this practice is appropriate, it is undeniable that it has implications for various constitutional rights. A few years ago, our courts have begun receiving cases on this modality of education. The balance between the best interests of the child, the right of parents to choose the education of their childrens and the state as guarantor of the right to education forms the core of a central human rights issue. Given that there is a legal vacuum on the issue, the work is proposed, first of all, to study the emerging jurisprudence on the country's courts. In addition, SCOTUS jurisprudence on the subject will be

examined because is the leading case of which is a pioneer in the treatment of home education. In addition, SCOTUS jurisprudence on the subject will be examined because is the leading case in the treatment of home education. An analysis of the Argentine courts' response to this modality and comparison with the US example will help will help to understand and perhaps even point to the path of future legislation on a current issue.

Key words: Right to education- Freedom of Education - Homeschooling - Jurisprudence - The Best Interest of the Child - Constitutional Rights.

Introducción

La cuestión de la educación domiciliaria, que a partir de ahora llamaremos Homeschooling, y que será analizada en este trabajo, no puede comprenderse viéndola despojada de dos elementos que, a mi parecer, hacen al fundamento esencial de esta práctica. Estos son el principio de libertad de educación y el derecho de los padres a elegir la educación de los hijos según sus convicciones morales y religiosas. Esta unión indisoluble entre los derechos y libertades nombrados no es una cuestión menor, teniendo en cuenta los tiempos en los que vivimos, más aún, si se considera su desarrollo en el marco de una sociedad realmente pluralista y democrática.

A lo largo de este trabajo examinaremos los principios antes mencionados, y como se concretan en la realidad a través de diversas normas jurídicas que en abstracto los garantizan. En segundo lugar, se analizará la incipiente recepción de esta práctica, entendiendo recepción como análisis por parte de los tribunales, independientemente si el resultado significa una apertura o una negación de la misma. Cómo ya se verá, no es una cuestión tan simple que en concreto se habilite llevar a cabo el Homeschooling, puesto que los tribunales analizan de manera rigurosa la cuestión.

De suma relevancia resultará la comparación con el caso norteamericano, no obstante ser instancias distintas del proceso judicial, los principios rectores de la cuestión tanto en nuestro país como en los Estados Unidos dimanar de la constitución, cuyas similitudes y acercamientos son hartamente conocidos.

Entre aclaraciones terminológicas, delimitación del alcance de los derechos de las partes y fundamentos ideológicos de la cuestión se buscará echar luz sobre un tema inmerso en un vacío legal, y quizás señalar el camino para una futura legislación. Dados los tiempos actuales en los que el poder estatal se expande y se inmiscuye en cuestiones individuales, corresponde a juicio del autor, sentar bases claras sobre la cuestión de la educación en el hogar. No se trata de un tema estéril, pues de acuerdo a lo esencial que representa la educación en la persona humana, usada de mal manera podría traer resultados indeseables y funcionales a intereses parciales. No se trata entonces de un reclamo sin sentido, sino del ejercicio de la legítima y natural autoridad parental de los padres, en otras palabras, se trata de algo tan significativo como su libertad. Por supuesto que esto no se trata de apreciar valores abstractos independientes de toda realidad humana y jurídica sino de tratar de apuntar a una armónica conciliación dentro del marco del

ordenamiento jurídico en tanto se dejen los extremos de lado. Porque por supuesto, el interés de todas las partes es asegurar el acceso a una educación de calidad que respete las convicciones de cada ser humano. Algo tan fundamental en lo que hace a la edificación de la dignidad de la persona fue bien descrito por el Cardenal Hengsbach al decir *“Educación es, así, la ayuda que a los niños y los jóvenes se presta para que puedan determinar su papel en la vida y hacerse dueños de su propio existir”*¹.

- ¹ Cardenal Hengsbach, Libertad de enseñanza y derecho a la educación. El estado democrático y la educación (Traducción castellana de José. Zafra). Navarra. (Sitio de recuperación no disponible)

1. Fundamentos del Homeschooling.

1. 1. *La cuestión del Homeschooling y la Libertad. Fundamentos ideológicos.*

Para poder iniciar el dialogo sobre el Homeschooling, es muy importante tener en cuenta que, conceptualizándolo dentro de la parte filosófica e ideológica, es un ejercicio concreto de la legitima libertad de los padres para educar a sus hijos de la manera que consideren adecuada a sus principios morales o religiosos, en tanto agentes naturales y primarios encargados de la crianza de sus hijos. Considero importante hacer esta aclaración inicial, puesto que en el conocimiento popular y de las reflexiones puramente intuitivas, puede parecer que la metodología de no educar a hijos en base al sistema de educación formal es algo insólito y caprichoso, que no se corresponde con la naturaleza, cuando en realidad es todo lo contrario. Si vamos al caso lo natural se da también (como una de las opciones disponibles) en el ejercicio de esa libertad.

Teniendo en cuenta lo dicho podemos definir al Homeschooling como una metodología por la cual los padres, haciendo uso de su legitima libertad y de sus derechos constitucionales decide dar la educación a sus hijos en el hogar. Por supuesto que como menciona la misma definición, no se puede entender esto sin la cuestión de la libertad de enseñanza. Al respecto el filósofo Luis Zanotti dice: “...una auténtica libertad de enseñanza consistía en la posibilidad de organizar sistemas educativos que sólo deberían demostrar eficiencia en sus resultados, sin necesidad de que se les impusieran regímenes organizativos, metodológicos y curriculares obligatorios.”² Corresponde decir que el tema que nos atañe, queda enmarcado dentro de la no imposición de regímenes organizativos ni metodológicos hacia los padres, sino que estos puedan ejercer una legitima libertad ordenada por el marco jurídico vigente en orden a educar a sus hijos conforme a sus valores y creencias, armonizando los derechos en pugna con el interés superior del niño.

Debemos recordar, en miras a no caer en reduccionismos absolutistas tanto de una postura como de otra, el razonamiento del que se parte en cuanto a la libertad de elegir de los padres y la tarea del estado en el marco de una sociedad pluralista y democrática. En

² Luis J. Zanotti, *Informática y Eficiencia: Dos desafíos para el sistema educativo*. Desafío de la Educación, Ediciones Corregidor, agosto de 1986. (extraído de: <http://luiszanotti.com.ar/>)

principio como obvia conclusión se desprende que la libertad se da en relación al mismo sujeto y en una dimensión intersubjetiva, esta última “*tiene como fin la realización dialógica de la libertad común merced a los albedríos subjetivos*”³. Por lo tanto, en una sociedad que aspire a una libertad común bien desarrollada, debe imperar el valor de un sano pluralismo democrático, existente como consecuencia lógica de adoptar un régimen que aspire al libre desarrollo de los sujetos que componen una comunidad. Es así que “*El pluralismo ideológico va íntimamente asociado al pluralismo político (diversidad de partidos y grupos de intereses) y al pluralismo eco- nómico (economía libre de mercado). Pero la relación más profunda entre el Estado y el pluralismo consiste en que el Derecho del Estado efectúa una ordenación de la libertad social que, aunque imperfecta, es indispensable. En dicha ordenación debe dejarse un amplio espacio para que los individuos busquen su 'felicidad' o libertad junto con otros*”⁴. Teniendo en cuenta este amplio espacio, sería sano eventualmente que, a los fines de una comunidad compuesta por personas libres, entre tantas libertades reconocidas figure como valiosa la de elegir el método de educación de los hijos por parte de los padres, reiterando, armonizado con los derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente, el derecho a la educación y la preeminencia del interés superior del niño.

Históricamente en nuestro país, más aún en la última mitad del siglo XIX, el estado adopta un rol preponderante en la tarea de educar a la población como herramienta civilizadora y homogeneizante respecto de una serie de valores que hacían al naciente sentimiento nacional de la república argentina como tal. De más está decir que fue la ley 1420 bajo la presidencia de Sarmiento la pionera en la cuestión. Sería un sinsentido y extendería mucho las líneas de este trabajo abrir una discusión sobre lo apropiada o no que resulto la misma, solo se va a focalizar -a los fines del razonamiento que veníamos haciendo- en una idea que sirvió para forjar la tradición educativa nacional. La idea del rol del estado preponderante tuvo como principal implicancia la creación de un cuasi-monopolio estatal (nota distintiva de esto era la posibilidad o no de expedir títulos habilitantes por parte de las universidades privadas, recién dado en la década de los 50 con el conflicto de “Libre o Laica”) que una vez disuelto el mismo desde el punto de

³ Johannes HEINRICHS, *Freiheit, Sozialismus, Christentum*, Bónn, 1978, pág. 21.

⁴ *Ibid.*, pág. 28.

vista legal, deja en el sistema educativo hasta la actualidad, un resabio incluso perceptible por la población en general del preponderante y fuerte rol del estado en la educación, y no solamente eso, sino el papel del mismo como principal regulador y ente de control de los contenidos desarrollados en instituciones no estatales. Por supuesto que realizamos este repaso para contextualizar la situación y para fijar el postulado de que dependiendo también de las tradiciones de cada país sobre el ejercicio de una libertad como la que está en cuestión, se condiciona la mirada que se tenga sobre la práctica que tratamos. Es por eso que muchos gobiernos eligieron como política educativa dar gran preponderancia al rol del estado en la educación “... *con tal fin, procuran el monopolio estatal de los centros de enseñanza, que se extienda incluso a las escuelas de párvulos y las universidades*”⁵. De todas maneras, volvemos a repetirlo, no corresponde que en estas líneas digamos si es la forma apropiada o no, sino resaltarlo como un hecho comprobable de la realidad.

Habiendo hecho el razonamiento sobre la relación entre la educación y la libertad, estimo que estamos en condiciones de tratar el rol de los padres y los diferentes puntos de vista que existen sobre esta cuestión.

1. 2. El debate en sí mismo. El estado y los padres en conjunto con el interés superior del niño.

Lejos está la posibilidad de querer establecer una lucha dialéctica entre los padres contra el estado y la educación. Más allá de la opinión de cada particular, estamos en condiciones de decir que por lo menos, el ordenamiento jurídico nos da pautas que no van en ese sentido. Pero enfoquémonos en la cuestión que atañe a este apartado, en principio podríamos hacerlo respondiendo a la siguiente pregunta ¿Cuál es la dinámica jurídica de la cuestión?

En principio, para responder esta pregunta podemos decir que los padres a la hora de educar a sus hijos tratan de buscar un colegio en base a una serie de criterios específicos, y que, dependiendo de cada familia, algunos inciden más y otros menos. Es así que estas tienen determinadas expectativas sobre el sistema educativo pensando que hallarán dentro de la oferta alguna opción que se adecue más a su búsqueda “...*sin*

⁵ Luis J. Zanotti, *Informática y Eficiencia: Dos desafíos para el sistema educativo. Desafío de la Educación*, Ediciones Corregidor, agosto de 1986. (extraído de: <http://luiszanotti.com.ar/>)

embargo, estas expectativas no siempre se ven colmadas por los tradicionales métodos de enseñanza. Muchas veces los padres consideran que el abanico de opciones puesto a su disposición no es el adecuado a sus exigencias religiosas o ideológicas, o bien, simplemente no se encuentra a la altura de los requerimientos académicos que desean para sus hijos. Esta disconformidad con la enseñanza tradicional ha generado un interesante fenómeno de rechazo a los sistemas escolarizados por medio de los que comúnmente se imparte la educación. Lo anterior ha supuesto la génesis de una serie de opciones a los muchas veces fallidos sistemas tradicionales de enseñanza, entre las que se encuentra la enseñanza en el hogar”⁶.

Teniendo en cuentas esto, en algunas ocasiones como los casos en los que se procederá a examinar, alguno de los progenitores decide retirar a su hijo del sistema educativo formal, entonces alguna parte interesada, ya sea la defensoría o el otro progenitor en el caso de divorcio, decide iniciar acciones para pedir que se escolarice al menor de manera obligatoria. Esgrimiendo principalmente el argumento sobre el interés superior del niño. Entonces la disputa judicial comienza y ahí son los tribunales de cada lugar donde se susciten los conflictos, los que deciden en base a lo que conocemos como el interés superior del niño y lo que dice la legislación en pos de la escolaridad obligatoria o no. Allí es que los tribunales expresan en cada decisión los fines del ordenamiento jurídico en materia de educación, podríamos decir que en pos de tratar de armonizar los roles y complementarlos. Solución que, dependiendo del caso, puede no ser la deseable, en orden a la preservación de la libertad educativa, pero en muchos casos es la decisión conforme a la ley. Acabada esta introducción conceptual, explicado el debate y habiendo explicado los derechos que juegan en esta cuestión, apuntaremos ahora a dilucidar que dice el ordenamiento jurídico argentino sobre la cuestión.

2. Dimensión normativa de la cuestión.

⁶ José María SOBERANES DÍEZ y Luis Alberto TREJO OSORNIO (2011). Educación escolarizada vs educación en casa. Reflexiones sobre la sentencia Homeschooling del tribunal constitucional español. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a13.pdf>.

Habiendo dicho que dentro de la legislación encontramos cierta tendencia a una complementación respecto de la tarea educativa entre padres y sistema educativo, a los fines de ser claros para este apartado nos vamos a valer de las siguientes disposiciones normativas con las que vamos a explicar la cuestión. A saber: la Constitución Nacional junto con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, la ley 26.206 de Educación Nacional y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Vamos a hacer un análisis siguiendo la jerarquía normativa de arriba hacia abajo. Resulta importante antes de comenzar, decir que, si bien existe la tendencia al rol complementario de los sujetos, esto forma parte de una elección de política legislativa derivada de derechos y principios constitucionales, y que la escolaridad obligatoria es un elemento distintivo de nuestra legislación ordinaria.

2. 1. La Constitución Nacional y los Tratados.

Como insignia respecto de la educación en nuestra carta magna, encontramos una primera enunciación relevante en el artículo 14, que reza “*todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de enseñar y aprender*”. Bien, claramente la misma establece el derecho de enseñar y aprender. Según Bidart Campos en este punto “*la discusión en torno a las libertades no llega a poner en duda que cualquier habitante o asociación pueden impartir enseñanza, y cualquier habitante puede también recibirla de quien quiera y donde quiera.*”⁷ Dentro de lo que aquí nos atañe, en un principio nos quedamos con esta disposición y obviamos la mención de otras que no nos resultan relevantes para este tema. Como vemos, lo que se consagra es un derecho que involucra una libertad de enseñar y aprender de la manera, en principio, más acorde a las convicciones del sujeto.

El mismo autor más arriba citado consagra unas pautas generales sobre el contenido constitucional en materia de educación que nos resultan importantes, el destacado jurista opina que: “*Los padres tienen en derecho a elegir el tipo de enseñanza que prefieran para sus hijos menores, involucrando la orientación espiritual de la misma,*

⁷ Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: EDIAR. Pp 37.

los maestros que han de impartirla, el lugar (establecimiento o el propio hogar) (énfasis agregado), etc....”⁸, “...el estado no puede negar reconocimiento a dichos establecimientos no oficiales, ni a los títulos y certificados que expiden...” y “...el estado debe asegurar la participación de la familia y de la sociedad...”⁹. Junto con todas estas pautas podemos arribar a una conclusión prematura, existe libertad de educar a los hijos de la manera y en el lugar (especialmente hablando) que mejor se adecue a las convicciones de los padres, pero (y este pero es importante) no se puede invisibilizar del todo el rol del estado ya que el mismo aparece en principio como garante y responsable de este derecho, además, entre otras pautas derivadas del artículo 14 se enuncian “El estado puede obligar a la enseñanza privada a ajustar sus planes de estudio a un plan mínimo y obligatorio impuesto por el estado (en cuanto duración, materias, etc.), pero sin interferir en la orientación espiritual e ideológica de aquella enseñanza; ...el estado debe controlar que no se viole la moral, el orden y la seguridad públicos, y que se respeten los valores democráticos, y los demás valores colectivos que identifiquen el estilo de vida de la comunidad; ... el estado puede verificar mediante medidas razonables si la enseñanza privada se conforma a tales pautas...”¹⁰. Teniendo en cuenta la opinión y la interpretación de este jurista y de la norma constitucional en sí, vemos de vuelta como la constitución establece desde lo teórico, la perfecta convivencia sin desequilibrios entre el sistema educativo formal y estatal y la iniciativa privada que surja por impulsos individuales en un marco de libertad.

Para continuar analizando el art. 14 y la disposición que nos atañe nos resulta interesante remarcar algo que para los profesionales del ámbito del derecho o los estudiantes parece obvio, pero lamentablemente o no el público en general desconoce, lo que puede llevar a que en situaciones como estas se generen confusiones que tengan implicancia en las vidas y procesos de desarrollo de persona humanas. Es la cuestión del ejercicio relativo de los derechos y que su reglamentación y obviamente su ejercicio dependen de las leyes creadas a ese fin, dice el art. 14 de la constitución: “...gozan de los siguientes derechos según las leyes que los reglamenten...”, resaltamos la importancia de esta idea, debido a que sin tener en cuenta esto se puede caer justamente en interpretaciones absolutas y quizás un poco burdas de la constitución, y muchos

⁸ Íbidem. pp 39.

⁹ Íbidem

¹⁰ Íbidem

problemas que se suscitan son producto de esta confusión, que derivan en interpretaciones radicales de las disposiciones constitucionales.

Por supuesto que la enunciación sobre la educación no se agota nada más que en el artículo 14, pero para el trabajo que estamos realizando parece apropiado examinar este artículo para que no se extienda tanto las líneas del trabajo, y además para que no se pierda el foco en esa disposición. Pero, no podemos obviar a las disposiciones contenidas en los tratados internacionales con jerarquía constitucional pues son fundamentales para poder entender en que se basa el derecho a la educación y la libertad educativa desde una perspectiva supranacional, cosa que examinaremos en el siguiente apartado.

1. 2. ¿Qué dicen los Tratados con Jerarquía Constitucional?

Para poder comprender esta cuestión en su integralidad, así como la finalidad de las normas al respecto, es pertinente analizar algunas disposiciones que representan los lineamientos que el ordenamiento jurídico supranacional da a la cuestión del derecho a la educación y la libertad educativa de los padres y de los hijos a la luz de la nueva tendencia del Homeschooling.

Primeramente, tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que en su artículo 12 se expresa claramente sobre Libertad de Conciencia y de Religión:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. 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.”¹¹

En este caso podría parecer extravagante o quizá confuso enfocar el tema de la educación desde lo dispuesto para “Libertad de Conciencia y Religión” pero consideramos que no es un exceso afirmar que la educación como herramienta formadora de una parte de la personalidad, no podría separarse de determinada cosmovisión que incluya convicciones y valores determinados que tengan los padres para educar a sus hijos. Entrando específicamente en los incisos del artículo 12 podríamos decir que la primera conclusión que se extrae es que toda persona tiene derecho a la libertad de profesar, conservar y difundir su religión y sus creencias (independiente de cuales sean las mismas) y que el estado, en general, debe abstenerse de interferir en el ejercicio de este derecho salvo supuestos establecidos por ley o contrarios al orden público. Secundariamente, cuando reconoce las libertades mencionadas y establece determinados derechos implícitamente dice dos cosas, la primera que la religión o convicciones es un elemento a tener en cuenta y respetar por el estado de manera específica en el ámbito educativo y la segunda, que deben ser conciliados el ejercicio religioso y las distintas normas jurídicas que establece el estado. De vuelta como se observa, traemos a colación la cuestión de la complementariedad o conciliación entre el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones y el deber u obligación de brindar determinado nivel educativo. Hacemos énfasis también en el inciso cuarto, el mismo es muy importante porque habla puntualmente de la educación y las convicciones de acuerdo a su conciencia, y lo establece como un derecho, lo tenemos en cuenta como una nota distintiva respecto de la importancia que este instrumento le asigna al respeto de estos derechos.

En este mismo instrumento internacional, cabe resaltar lo dispuesto sobre normas de interpretación, debido a que resulta relevante cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales. Es así que el artículo 29 dice en su primer inciso: “*(Ninguna disposición de la presente convención puede interpretarse en sentido de...) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades*

¹¹ Organization of American States (2019). Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.”¹²
También mencionamos lo dispuesto en el tercer inciso: *“excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”¹³.*

Respecto de esto solo tenemos para decir que es clara la amplitud de la convención para respetar de esta manera los derechos fundamentales de la persona humana, así también para interpretar de manera extensiva los derechos de los ciudadanos conforme la dignidad inherente a la persona humana en una sociedad democrática y pluralista.

Disposiciones en el mismo sentido encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 18 punto cuarto, que dice: *“Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen 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 ¹⁴”.*

Mas disposiciones sobre educación se encuentran en el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que dice: *“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.*

3. 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.

¹² Íbidem.

¹³ Íbidem.

¹⁴ Alto Comisionado de DDHH para las Naciones Unidas (2019). Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos. Recuperado de:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

2. ***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.***¹⁵

Remarcamos con negrita las partes que nos resultan importantes. Ahora vemos que, en este instrumento, al ser obviamente el que reconoce por excelencia derechos económicos, sociales y culturales se trata la cuestión de manera específica reconociéndole a los particulares la posibilidad de establecer modalidades privadas de educación, a nuestro juicio, sean por ejemplo personas jurídicas (léase “colegios”) o particulares propiamente dichos, como lo son los padres o tutores.

Las conclusiones sobre los tratados y su sentido ya la explicitamos algunos párrafos más arriba, respecto de otras normas solo queda ver que dice la legislación ordinaria sobre la cuestión. No podemos igualmente cerrar este párrafo recordando y trayendo a colación que en ningún momento se ven posturas extremas plasmadas en la letra de las disposiciones analizadas, sino la conciliación a la que tanto nos hemos referido.

2. 3. *¿Y que hay respecto de la legislación ordinaria?*

Llegando al último punto de la segunda parte de esta investigación vamos a proceder a analizar algunos artículos tanto de la ley 26.206 de Educación Nacional como de la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y vamos a tratar de dilucidar cuales son las pautas que, en conjunto con las disposiciones de la constitución y los tratados, las normas jurídicas infraconstitucionales nos dan.

Conviene recordar que estamos en un área donde la interpretación de los derechos se debe hacer de manera más extensiva o amplia posible, tratando de armonizar la

¹⁵ Alto comisionado de DDHH para las Naciones Unidas (2019). Pacto internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de:
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

participación del estado y los padres en orden a la educación de los menores. Esa, someramente es la conclusión a la que llegamos después del análisis precedente.

Para poder analizar mejor las disposiciones legales vamos a citarlas, y luego responder unas preguntas que hacen al objeto de esta investigación, a saber: ¿Cuáles son las pautas o principios que las leyes dan?, ¿Qué conclusiones se pueden sacar respecto de la relación y el rol de los distintos sectores de la sociedad para la educación de los menores?, ¿Se adecuan las leyes a los valores dados por la constitución? Y para el final quizás la conclusión más interesante, ¿La solución dada por la ley es la única posible?

Respecto entonces de la ley 26.206 de Educación Nacional empezamos examinando lo que se dice en el primer capítulo del primer título sobre los principios rectores de la misma, vemos que el artículo 1: *“La presente ley regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, conforme con las atribuciones conferidas al Honorable Congreso de la Nación en el artículo 75, incisos 17, 18 y 19, y de acuerdo con los principios que allí se establecen y los que en esta ley se determinan”*¹⁶. Vemos como de manera palmaria esta es la ley que por excelencia nos atañe para la cuestión que estamos tratando, pues de manera expresa reglamenta los derechos constitucionales enumerados y explicados precedentemente. Luego el artículo 2 nos define que son la educación y el conocimiento: *“La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado”*¹⁷. Los define como bienes públicos y un derecho que el estado debe garantizar, por lo que le asigna un rol preponderante que quedara evidenciado en otras disposiciones de la norma. A continuación, el artículo 4 nos menciona el rol de las familias y otras organizaciones: *“El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias”*¹⁸.

¹⁶ Ley 26.206. Ley de Educación Nacional (2006) . Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123542/texact.htm>

¹⁷ Íbidem.

¹⁸ Íbidem

Volviendo al rol del estado en la educación, vemos que la ley asigna un punto de cabal importancia a definir por el estado diciendo en su artículo 5: *“El Estado nacional fija la política educativa y controla su cumplimiento con la finalidad de consolidar la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales”*¹⁹. Por supuesto que esta poderosa pauta no se contrapone con la actuación de los padres y las familias por dos grandes motivos, uno porque la misma ley les da lugar para participar y también porque bien podría el estado fijar los contenidos sin compeler a que el mismo sea dado en establecimientos educativos públicos. Esta pauta debe leerse sobre todo con la que da el siguiente artículo: *“El Estado garantiza el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender. Son responsables de las acciones educativas el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos fijados por el artículo 4° de esta ley; los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones de la sociedad; y la familia, como agente natural y primario”*²⁰.

Luego, pegando un salto al título II respecto del sistema educativo y sus disposiciones generales dice el artículo 16: *“La obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cuatro (4) años hasta la finalización del nivel de la educación secundaria. El Ministerio de Educación y las autoridades jurisdiccionales competentes asegurarán el cumplimiento de la obligatoriedad escolar a través de alternativas institucionales, pedagógicas y de promoción de derechos, que se ajusten a los requerimientos locales y comunitarios, urbanos y rurales, mediante acciones que permitan alcanzar resultados de calidad equivalente en todo el país y en todas las situaciones sociales”*²¹. Si bien en este artículo se reconoce la posibilidad de dar cumplimiento a los requerimientos legales a través de “alternativas institucionales”, el artículo 17 es aún más específico respecto de la cuestión dando una pauta notable sobre la permisión y la aceptación de la educación domiciliaria, el mismo dice: *“La estructura del Sistema Educativo Nacional comprende CUATRO (4) niveles —la Educación Inicial, la Educación Primaria, la Educación Secundaria y la Educación Superior, y OCHO (8) modalidades. A los efectos de la presente ley, constituyen modalidades del Sistema Educativo Nacional aquellas opciones organizativas y/o curriculares de la*

¹⁹ *Íbidem*

²⁰ *Íbidem*

²¹ *Íbidem*

*educación común, dentro de uno o más niveles educativos, que procuran dar respuesta a requerimientos específicos de formación y atender particularidades de carácter permanente o temporal, personales y/o contextuales, con el propósito de garantizar la igualdad en el derecho a la educación y cumplir con las exigencias legales, técnicas y pedagógicas de los diferentes niveles educativos. Son modalidades: la Educación Técnico Profesional, la Educación Artística, la Educación Especial, la Educación Permanente de Jóvenes y Adultos, la Educación Rural, la Educación Intercultural Bilingüe, la Educación en Contextos de Privación de Libertad y **la Educación Domiciliaria** y Hospitalaria. Las jurisdicciones podrán definir, con carácter excepcional, otras modalidades de la educación común, cuando requerimientos específicos de carácter permanente y contextual así lo justifiquen”²². Con una claridad meridiana la ley reconoce taxativamente una serie de modalidades habilitadas dado la situación contextual, y una de ellas es la educación domiciliaria, que como veremos después es fuertemente limitada. También deja al final una apertura interpretativa para aquellas situaciones que no se amolden a las modalidades enumeradas. Parecería entonces, que la educación domiciliaria sería una posibilidad aceptable pero solo en supuestos bastante restrictivos por dos razones, la primera porque luego la ley da disposiciones para cada una de las modalidades y al llegar a el apartado de la educación domiciliaria asimila la misma y une indisolublemente esta modalidad con una situación vinculada a problemas de salud diciendo en sus artículos 60 y 61: “La educación domiciliaria y hospitalaria es la modalidad del sistema educativo en los niveles de Educación Inicial, Primaria y Secundaria, destinada a garantizar el derecho a la educación de los/as alumnos/as que, por razones de salud, se ven imposibilitados/as de asistir con regularidad a una institución educativa en los niveles de la educación obligatoria por periodos de TREINTA (30) días corridos o más”, continúa en el siguiente artículo: “El objetivo de esta modalidad es garantizar la igualdad de oportunidades a los/ as alumnos/as, permitiendo la continuidad de sus estudios y su reinserción en el sistema común, cuando ello sea posible”²³. Como segunda tenemos algunos casos en donde claramente se ve cómo los tribunales interpretan y receptan la polémica cuestión que puede llegar a provocar la cuestión de la educación domiciliaria, que será analizada en otros apartados de este trabajo.*

²² Íbidem

²³ Íbidem

Habiendo analizado algunas pautas de la primera ley escogida, procedemos a hacerlo con la segunda pues encontramos varias disposiciones de interés, para después hacer una conclusión con los interrogantes establecidos en un principio. Se trata de la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Para comenzar remarcamos que traemos a colación esta ley pues dentro de los 3 artículos que nos interesa analizar en la misma se tiene en cuenta y se define un aspecto central a la hora de evaluar judicialmente la cuestión, el interés superior del niño. A estos efectos la misma dice en su artículo 3: *"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida..."*²⁴ Ya cobrará relevancia tener en cuenta la noción dada por este artículo cuando veamos la parte jurisprudencial. Solo nos queda decir sobre esto que, si bien no se menciona específicamente la educación, implícitamente se desprende que la abarca por ser un derecho reconocido a lo largo de toda la amplitud del plexo normativo.

Respecto del rol de la familia, dice el artículo 7: *"La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones"*²⁵. Como vemos, asigna un papel prioritario a la familia en el aseguramiento de estos derechos, podríamos

²⁴ Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (2005). Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

²⁵ Íbidem

afirmar que, si asigna tanta prioridad, sería deseable que esto tenga un correlato con el valor libertad de los padres. Luego, para finalizar con la mención del articulado relevante, sobre el derecho a la educación el artículo 15 dice: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente. Tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia. En el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento. Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente. Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica. Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”*²⁶.

A modo de cierre de este apartado, contestaremos las preguntas que nos hicimos en un principio, respecto de las pautas que las leyes dan remitimos para no caer en sobreabundancias, al análisis efectuado en los párrafos precedentes. En cuanto a las conclusiones respecto de la relación entre los distintos sectores, se afirma que hay en líneas generales cierta continuidad entre las pautas dadas de manera descendente desde la constitución hacia la ley. Ahora, decimos “cierta” porque en el margen que el Congreso tiene para poder reglamentar las leyes se observa que las disposiciones tienden más a desbalancear la finalidad conciliadora sobre la armonización de dos pretensiones de diferentes sectores, pues asigna un rol mucho más preponderante al estado y obvia referencias concretas a modalidades que no sean dadas de manera institucional desde el sector público o privado. Este no es el momento de que nos expresemos respecto de lo conveniente o no de esto, pero si desde un punto de vista

²⁶ Íbidem

objetivo arribamos a esta conclusión. Luego respecto de la adecuación constitucional no tenemos nada que objetar, pues se encuentra todo en el marco del respeto por las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales analizados, lo que si se resalta es que adecuado no es asimilable a único, puesto que hay otras maneras posibles de reglamentarlo supliendo y nivelando la conciliación entre esto que mencionamos sin transgredir los mandatos de nuestra carta magna. Animándonos a hacer algún juicio, podemos decir que me inclino por esta solución de política legislativa, que involucra la posibilidad de una mayor intervención de los padres en la decisión y la posibilidad de brindarles educación de manera particular, ejerciendo su legítima libertad.

3. Incipiente recepción jurisprudencial sobre el Homeschooling

Como la mayoría de las cuestiones que tienen que ver con el mundo jurídico, a la vez de examinar y analizar las disposiciones normativas vigentes, es muy importante acudir a como los tribunales receptan determinadas prácticas, y, sobre todo, cómo interpretan la normativa vigente y cuáles son las pretensiones que prevalecen y cuáles son las que pierden según la interpretación que hagan.

La cuestión sobre el Homeschooling, como dice el título de este trabajo, es recién algo que caracterizamos como incipiente recepción, puesto que los fallos que hasta ahora hay disponibles son realmente escasos pero concluyentes en cuanto a lo resuelto. De todos esos fallos, se eligieron dos de distintas provincias de nuestro país (en base a la importancia de los tribunales y el desarrollo de su contenido) que por argumentos repetidos entre ellos o no, rechazan la práctica del Homeschooling. Por eso podríamos decir que los tribunales receptan estos casos, es decir se expiden sobre ellos, pero de forma negativa. Los fallos que analizaremos son uno del Supremo tribunal de justicia de Neuquén (marzo de 2016) y la Sala II de la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Salta (marzo de 2019). Por supuesto que para el análisis vamos a seguir una línea cronológica, ya que estos fallos toman argumentos de decisiones precedentes en otras jurisdicciones.

Si hay algo que resaltar sobre lo particular de estos casos, y sostenemos que en el país es algo común, es que en ninguno hubo un reclamo “militante” o ideológicamente radical por parte de los padres para invocar un derecho a decidir sobre la educación de sus hijos de manera absoluta. Sino que lo que esgrimían en general es uno de los dos argumentos o vías por las cuales, tanto en países como Estados Unidos o el nuestro, se practica el Homeschooling, a saber: la vía argumental del mero desacuerdo con el sistema formal de educación o (la menos usada en nuestro país) impugnaciones por motivos religiosos. Respectivamente llamaremos al primer desacuerdo por “motivos ideológicos” y a la otra “motivos religiosos”. Así también, los padres no invocan en todos los casos el Homeschooling sino latamente desacuerdos con el sistema formal. Como herramienta en todos los fallos se evalúa si lo que se protege es el interés superior del niño, este punto lo ampliaremos posteriormente. Lo que queda demostrado es que no se puede retirar a los menores del sistema formal de manera simple, sino que debe responder a un mejoramiento o preservación de su interés y aun así, es muy difícil por el test que realizan los tribunales, convencerlo de que habiliten esta práctica.

Por último, una vez analizados los fallos y concluidas las reflexiones sobre los mismos, vamos a proceder a hacer una comparación con el voto mayoritario del precedente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos *Wisconsin vs Yoder*, pionero mundial en la permisión de la práctica del Homeschooling, del año 1972 y las diferencias en cuanto a la forma de concebir la cuestión, entre los tribunales de ese país y el nuestro. Concluyendo con una reflexión final.

3.1. El caso “Neuquén”²⁷.

Para poder entender bien los hechos del caso transcribimos la explicación que hace la biblioteca online sobre los hechos del caso: *“Una mujer, alegando que no está de acuerdo con la enseñanza impartida en la escuela primaria retiró a su hija del sistema escolar. La Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente entabló una acción de*

²⁷ Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes c. B. J. s/ acción de amparo (03/03/2016) Supremo tribunal de Justicia de Neuquén. Cita Online: AR/JUR/3780/2016. Recuperado de la base de datos Información Legal Online.

amparo para que sea garantizada la concurrencia de la niña a la escuela. En ambas instancias fue rechazada la acción. El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén declaró nulas las sentencias e hizo lugar a la demanda"²⁸. Como vemos en este caso, en un principio los tribunales inferiores rechazaron la acción de amparo de la defensoría, pero no porque en su opinión la defensoría no tendría que interferir con el derecho de los padres sino por "*considerar que la cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Provincial de Educación, que ha quedado firme dicha decisión y puede ser cumplida por la autoridad administrativa en virtud de que posee facultades suficientes al respecto*"²⁹. Como se desprende hubo una decisión administrativa en pos de la escolaridad obligatoria de la menor, que según los tribunales debía acatarse, pero que el tribunal supremo recepta para darle el respaldo y la ejecutoriedad propia de una sentencia judicial. A nuestro parecer, uno de los argumentos más fuertes que presenta la parte que decide impugnar la decisión de la progenitora es lo que dice la letra de la ley, arguyendo que "*la Ley Nacional 26.606 en su Art.129, Incs. a) y b); atribuyen a los padres el deber de hacer cumplir a sus hijos la educación obligatoria y a su vez, en caso de que aquellos faltaren a esa obligación, establece multas progresivas sin perjuicio de emplearse en casos extremos la fuerza pública*"³⁰. Traemos a colación ahora lo que dijimos precedentemente sobre que el ordenamiento presenta cierta colaboración entre sistema educativo y padres, pero en ningún momento la legislación ordinaria habilita la educación en el domicilio (salvo supuestos ya vistos) y establece la escolaridad obligatoria, que representa para nosotros un desbalance.

Entrando propiamente en lo que resolvió el supremo tribunal (específicamente el voto del Dr. Massei, a partir de ahora "El tribunal" ya que los demás integrantes de la sala adhirieron) vamos a hacer hincapié en dos puntos, la forma en la que razonó para poder resolver y los argumentos que usó. Como manera de hacer el razonamiento, la parte actora (defensoría) propone el método o test que propone el Comité de Derechos del niño en su observación general 14: "*Explica que si la Cámara hubiera evaluado la aplicación de la Observación General hubiese advertido que el Comité subraya que el interés del niño es*

²⁸ *Íbidem*

²⁹ *Íbidem*

³⁰ *Íbidem*

un concepto triple”, un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. En ese último aspecto, prescribe que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior de los niños requiere de garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones, debe de dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión; es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión, y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. Observa que la resolución que recurre nada dijo de este articulado que obliga a quienes deciden sobre derechos de niños”³¹.

En cuanto a los argumentos de la decisión, vemos que primeramente el tribunal establece que se *“encuentran involucrados derechos de la niña E.B. a quien el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujeto activo de derechos y le asigna especial protección, privilegiando su interés superior y la prioritaria efectivización de sus derechos”³²*. Luego de esto el tribunal procede de manera interesante a brindar una solución prudencial para poder armonizar las pretensiones en pugna, inicia esto haciendo una serie de afirmaciones que sirven para fundamentar la decisión. Comienza afirmando y acogiendo una solicitud hecha por la parte actora *“en virtud de considerar manifiestamente arbitraria la decisión de aquella de no enviar a su hija E.B. a la escuela primaria, lo que viola el derecho constitucional de la niña a educarse”³³*. Pues bien, respondiendo a esta afirmación el tribunal tiene por acreditado la violación al derecho constitucional de educarse de la niña, concluyendo luego de analizar una serie de normas: *“...del análisis constitucional precedente surge con claridad que en la Provincia de Neuquén: a. la educación es obligatoria para quienes la habitan; b. desde el nivel inicial hasta el nivel medio. c. se imparte en los establecimientos de educación de carácter fiscal o particular (énfasis agregado), siempre que estén sujetos a las leyes y condiciones previstas por ley. d. debe ajustarse a los objetivos establecidos en el Art. 29*

³¹ *Íbidem*

³² *Íbidem*

³³ *Íbidem*

de la C.I.D.N. y Art. 110, Inc. b), de la Constitución Provincial”³⁴. Prosigue el tribunal afirmando sin dudas en el título del siguiente apartado “*La omisión que en forma actual lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho constitucional*”³⁵. Y sustenta este título afirmando categóricamente, “*La conducta de la titular de la responsabilidad parental lesiona en forma actual con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho y obligación de su hija E. B. a la escolarización.*”³⁶ Además de calificarla de “*gravísima omisión*”³⁷ el tribunal adopta prudente y expresamente el método que mencionamos recomendado por el comité de derechos del niño. Una de las conclusiones que tuvo en cuenta el tribunal afirmaba concretamente: “*...la obligación de la progenitora de cumplir con la responsabilidad parental, y garantizar la escolarización, que conforme nuestro ordenamiento es obligatoria. La circunstancia de que la niña no asiste a la escuela desde septiembre 2014, y que la madre manifiesta que la educará en su casa ya que no coincide con la educación oficial, es partidaria de una enseñanza centrada en la libre expresión y en la existencia de otros maestros superiores y que respeta la decisión de su hija de no asistir a la escuela.*”³⁸

Una vez finalizada la evaluación precedente, se pasa a una siguiente etapa en la cual el tribunal sopesa los derechos y pretensiones en pugna y concluye su razonamiento diciendo “*...procedo a sopesarlos y determinar concretamente el interés superior de la niña E. B. Así, concluyo que, en este marco, el interés superior de la niña E. B. cuya efectivización resulta primordial, es su derecho —y obligación— a la escolarización. Éste prevalece sobre la opinión que la madre pueda tener respecto del sistema de educación formal (énfasis agregado). Ello así, pues la decisión de excluirla de la escuela conlleva consecuencias dañosas para el presente y futuro de la niña E. B., quien —redunda decirlo— es una persona diferente de la madre y no debe cargar con las consecuencias de decisiones que se fundan en opciones personales de vida. Sin perjuicio de ello, el derecho que asiste a la progenitora de brindarle una educación de acuerdo a los valores familiares y/o religiosos, podrá ser satisfecho en el seno del hogar, en forma simultánea a la escolarización.*”³⁹

³⁴ Íbidem

³⁵ Íbidem

³⁶ Íbidem

³⁷ Íbidem

³⁸ Íbidem

³⁹ Íbidem

Como vimos al principio, tanto este voto como los que se adhieren resuelven en pos de la obligatoriedad de la escolarización de la menor, como base para la decisión del fallo. Tal como expresamente se dice, la obligatoriedad de la escolaridad en un establecimiento proviene de la ley que reglamenta el ejercicio del derecho constitucional en cuestión. Por lo que concluimos que según estos fallos que evalúan la legislación en particular de cada provincia en conjunto con leyes nacionales y el bloque de constitucionalidad, la práctica del Homeschooling es contraria al ordenamiento jurídico, partiendo de la base de preservar el interés superior del niño. Huelga decir que, no obstante, la práctica del Homeschooling parecer prohibida, en el caso concreto es porque la progenitora pretende un alejamiento total del sistema educativo. Habría que ver si en el hipotético caso de ley contemplara un sistema de educación domiciliaria sujeto a la aprobación de exámenes estatales (sistema que a nuestro parecer y es un punto que desarrollaremos después, es constitucional) los tribunales resuelven de la misma forma. A todo esto, hay que sumarle el método evaluatorio recomendado por el comité de derechos del niño, a partir de ahora caracterizado como “escrutinio del interés superior del niño”. Aun así, podríamos desde una mirada amplia afirmar que probablemente si se comprueban los supuestos del caso concreto en que el interés superior del niño se ve satisfecho por no asistir a un establecimiento educativo, la decisión del tribunal podría cambiar, siempre que el estado pueda comprobar y garantizar que el derecho a la educación del menor se satisfaga.

3.2. *El caso “Salta”*⁴⁰.

En el caso de la sentencia de este tribunal de la provincia de Salta, los hechos del caso se dan en el contexto de una familia divorciada en la que la madre asume las tareas relativas a la crianza cotidiana del menor fruto de esa relación y lo concerniente al manejo de la vida escolar de su hijo. En este caso, ante desacuerdos con el sistema educativo formal, es decir bajo la vía del desacuerdo ideológico en base a nuestra categorización inicial, la madre decide unilateralmente retirarlo del sistema educativo formal y proceder

⁴⁰C., A. R. vs. P., N. B. POR PIEZAS PERTENECIENTES”. Sala II de la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Salta (marzo de 2019). Recuperado de: <https://www.diariojudicial.com/nota/83981>)

a un sistema de educación domiciliaria. A todo esto, el progenitor en desacuerdo con tan relevante decisión impugna judicialmente esto solicitando la escolarización obligatoria de la menor esgrimiendo la satisfacción del interés superior del niño por esa vía, decisión con la que el tribunal concluye el decisorio.

Podríamos agregar que siendo un poco arriesgados este es el caso paradigmático que los interesados en esta cuestión esperaban pues menciona concretamente la idea de Homeschooling y hace importantes aclaraciones tanto en los argumentos de las partes como en la decisión del órgano judicial.

Examinando los argumentos que esgrime la parte demandada vemos como directamente invoca cláusulas constitucionales para amparar la práctica de la educación domiciliaria: “...donde expresa que actualmente ella garantiza el derecho a la educación de su hijo a través de sus enseñanzas en el hogar y con el sistema adoptado. Refiere que no debe confundirse el derecho a la educación con el derecho a la escolarización pues no toda educación es escolarizada ni tiene por qué serlo. Afirma que las familias que abogan por la forma de educación conocida como “homeschooling” reconocen sus derechos en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional. Afirma que el artículo 14 de la Constitución Nacional prescribe el derecho de enseñar y aprender, pero no se mencionan escuelas, instituciones que proveen escolarización y no educación necesariamente; que en igual sentido el artículo 19 reafirma el derecho a la privacidad; por lo cual la normativa infraconstitucional no puede restringir tales derechos ni vaciarlos de su contenido esencial. Aduce que de acuerdo con el artículo 13 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado debe fomentar la educación, pero sin restringir la libertad de los particulares y entidades para establecer instituciones de enseñanza. Agrega que circunscribir el derecho a la educación a la inserción escolar viola el artículo 28 de la Constitución Nacional.”⁴¹ Dice también “...alude a la hermenéutica del sistema normativo infraconstitucional y sostiene que, aún cuando el Ministerio de Educación no prevea esta excepción dentro del sinnúmero de excepciones a la obligatoriedad de concurrencia a clases diarias, no significa que con una interpretación conforme a la Constitución pueda entenderse a la norma como comprensiva de la excepción que se peticiona, que es la no concurrencia a clases del sistema formal, pues no están prohibidas las respuestas excepcionales que se aplican a

⁴¹ Íbidem

los casos especiales como el que solicita.” Por otro lado, cita legislación internacional sobre la no injerencia arbitraria del estado en decidir la modalidad educativa.

Posteriormente trata la cuestión de la responsabilidad parental compartida o no, que vamos a saltar por no ser relevantes a este debate. Terminado esto, y acá nos detenemos, pasa a examinar la cuestión de fondo respecto al sistema educativo, motivo que funda el reclamo. Dice “(el progenitor) ...*reclama el derecho-deber de educarlo a través del sistema de educación formal obligatoria, mientras que la madre quiere hacerse cargo ella misma de su educación en el hogar, sin asistencia a la escuela, mediante una modalidad que denomina “Homeschooling”*”⁴². Es importante también tener en cuenta que “...*en el escrito de contestación de demanda, la progenitora sostuvo que no se opone a la educación de su hijo, sino que pide que se respete el derecho a la alternativa de educación propuesta...*”⁴³. Como vemos, es una sentencia en la que el tema que tratamos en esta investigación, está claramente expresado y debatido, inclusive la cuestión ideológica que acarrea.

Luego de plantear el problema, el tribunal empieza a desarrollar el método y los principios que tendrá en cuenta para fundamentar su decisión, menciona nuevamente el escrutinio del interés superior del niño al decir “...*el conflicto debe resolverse resguardando el mejor interés del niño, lo que evidentemente se traduce en escoger la mejor alternativa posible asegurándole sus derechos más elementales en lo que concierne a su educación. En este sentido, sustraerlo del sistema de educación oficial y obligatoria, ademaos de no resultar legítimo, podría colocarlo en una situación de desamparo por falta de escolarización.*”⁴⁴.

La sentencia continua realizando un análisis interesante incorporando como argumento que no se puede garantizar un nivel de escolaridad adecuado al resto del sistema, enuncia que “...*el derecho a la educación es uno de los derechos fundamentales del niño que debe primar por sobre los intereses u opiniones de la progenitora, en la medida en que surge con total contundencia de toda la prueba relevada en autos que la alternativa educativa propuesta por ella no se encuentra reconocida ni avalada por la ley respectiva ni por el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Provincia, no le permitirá al niño contar con un título oficial de bachiller que le permita obtener un trabajo que lo exija ni continuar estudios universitarios o terciarios, no garantiza la*

⁴² *Íbidem*

⁴³ *Íbidem*

⁴⁴ *Íbidem*

socialización del niño con sus pares, ni los contenidos y ejes de aprendizaje necesarios para su desarrollo.”⁴⁵. Sobre este punto también dice “...(la progenitora) en modo alguno ha demostrado que la modalidad postulada por ella cumpla, entre otras cosas, con los contenidos curriculares exigidos por el sistema escolar vigente en nuestro país, que su negativa opinión sobre el sistema de educación formal no es motivo que otorgue un fundamento de peso para excluir a su hijo y educarlo bajo una modalidad que no ha quedado demostrado que garantice los aspectos que resultan centrales en la formación de la persona.”⁴⁶ ¿Por qué resaltamos tanto este punto? Porque implícitamente podría interpretarse que lo que quiere decir el tribunal hipotéticamente es que, si se podría habilitar el dictado de clases en casa siempre y cuando se acredite la incorporación de conocimientos a través de una metodología acorde como la incorporación de exámenes a tales fines u otro tipo de actividades, o por lo menos sería menos difícil poder obtener un permiso del tribunal.

En cuanto al escrutinio del interés superior del niño concluye “...*la desavenencia debe ser resuelta por el juez teniendo en cuenta la opción que en mayor medida protege el interés del niño, y de todo lo examinado se desprende que lo es su escolarización en el sistema de educación formal obligatoria que prevé nuestra legislación, malgrado las deficiencias y declinación que se advierten en la educación pública y privada en nuestro país. Esta Sala ha señalado que la educación es el mejor modo de facilitar la inclusión de los jóvenes al mercado laboral y constituye una herramienta niveladora que favorece la igualdad.*”⁴⁷. Luego casi al final de la sentencia, la decisión utiliza como recurso argumentativo y para sustentar la decisión un extracto de la sentencia del caso “Neuquén” que vimos en el apartado anterior “...*En un caso en que se analizó el tema, aunque no resulta asimilable porque se trataba allí de una pretensión de ambos progenitores, se consideró que la decisión de excluir a un niño de la escuela conlleva consecuencias dañosas para el presente y futuro del niño, quien es una persona diferente a la de sus padres y no debe cargar con las consecuencias de decisiones que se fundan en opciones personales de vida.*”⁴⁸.

3. 3. Conclusiones de la Jurisprudencia. Constitucionalidad.

⁴⁵ *Íbidem*

⁴⁶ *Íbidem*

⁴⁷ *Íbidem*

⁴⁸ *Íbidem*

Recordando que la sentencia concluye ordenando la escolarización del menor podríamos resaltar algunas conclusiones comunes que los tribunales tienen en cuenta, para poder facilitar en un futuro, el ejercicio del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones de manera armónica con el ordenamiento jurídico. En un primer lugar vemos que los tribunales no aceptan una desvinculación total del sistema educativo formal sea en establecimientos privados o públicos, pero como resaltamos antes, realiza consideraciones aparte y específica como argumento la cuestión de no poder acreditar la incorporación progresiva de conocimientos y de instrucción en cada materia. Por esto no sería aventurado concluir que los tribunales podrían ser más laxos siempre que a través de la educación domiciliaria u otro método alternativo haya forma de acreditar conocimientos, por ejemplo, mediante la toma de exámenes con un estándar mínimo establecidos por el organismo público de control. Como segunda conclusión observamos que siempre que se quiera exceptuar a los menores del sistema formal de educación, los padres deberán probar que eso cumple y representa el interés superior del niño en base al escrutinio que recomienda el comité de Derechos del Niño, pacíficamente aceptado por los tribunales. Debemos concluir por esto que, si bien las normas actuales y las decisiones judiciales a ese respecto se adecuan a lo establecido por la constitución, una solución de política legislativa orientada a habilitar la práctica del Homeschooling no sería de ningún modo inconstitucional, en concordancia con la opinión personal de quien redacta esta investigación y de citada doctrina enunciada al principio⁴⁹.

4. Comparación con el caso norteamericano. *Wisconsin vs Yoder* ^{50 51} (1972).

Para comenzar esta comparación consideramos de suma importancia aclarar algunas cuestiones: la primera, que vamos a analizar el voto mayoritario por razones de

⁴⁹ Recuérdense las opiniones de Bidart Campos que enunciamos al principio.

⁵⁰ *Wisconsin c. Yoder* (15/05/1972). U.S. Supreme Court of Justice. Cita Online:

AR/JUR/68/1972. Recuperado de:

[https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2157/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016ebe38b46c1570862f&docguid=iB2CAFE8402D5436B9DF7CAA6C5046FDE&hitguid=iB2CAFE8402D5436B9DF7CAA6C5046FDE&tocguid=&spos=8&epos=8&td=8&ao=i0ADFA B8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=13&crumb-action=append&\)](https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2157/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016ebe38b46c1570862f&docguid=iB2CAFE8402D5436B9DF7CAA6C5046FDE&hitguid=iB2CAFE8402D5436B9DF7CAA6C5046FDE&tocguid=&spos=8&epos=8&td=8&ao=i0ADFA B8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=13&crumb-action=append&)

⁵¹ El precedente de *Wisconsin v. Yoder* tiene dos posteriores ratificaciones: *Runyon v. McCrary* (1976) y *Murphy v. State of Arkansas* (1988).

brevedad, en segundo lugar que son casos con características muy disimiles, no obstante en el fondo, conciben la misma cuestión que trataron los tribunales argentinos, sirviendo este caso del más alto tribunal estadounidense como un *leading case* a nivel federal en ese país y un ejemplo del que puede extraer doctrina, y en tercer lugar se deriva de la segunda aclaración que estos casos no son comparables en sentido estricto ya que el caso tratado por el tribunal norteamericano contiene un elemento relacionado con la libertad religiosa derivado de la primera enmienda de la constitución estadounidense⁵². De todas formas, si se tiene en cuenta esto, podremos tratar de hacer una comparación entre el tratamiento de dos culturas jurídicas distintas sobre determinados valores como la libertad, el respeto a las propias creencias (religiosas o ideológicas) y el derecho de los padres a elegir la educación que consideren pertinente para sus hijos.

En cuanto a los hechos del caso se trata de una familia Amish que desea retirar a sus hijos del sistema educativo formal ante la ocasión de su promoción al nivel secundario de educación, momento en el cual según sus convicciones religiosas constitutivas y más íntimas, deben retirarse de la escuela y en base a sus costumbres volver a la vida comunitaria, para ser formados en su estilo de vida particular. Por lo cual el estado a través de sus organismos a los que les concierne el área acude a los tribunales en procura de intentar detener esto y reinsertar a los menores en el sistema formal.

Por supuesto que el tipo de razonamiento del tribunal es realizado en base a una tradición jurídica propia de ese país, lo que nosotros llamaríamos más favorable a la libertad y que por supuesto tiene implicancias en la decisión tomada. El tribunal comienza diciendo (en el voto del Chief Justice Burger): “...*No cabe duda del poder del Estado, quien tiene la alta responsabilidad de educar a sus ciudadanos, para imponer reglas razonables sobre el control y duración de la educación primaria. Ver, por ejemplo, "Pierce v. Society of Sisters", 268 US 510, 534 (1925). Brindar educación pública es una función básica de un Estado. Sin embargo, aun esta responsabilidad suprema fue, en "Pierce", compatibilizada con el derecho de los padres a brindar una educación equivalente en un sistema privado.*”⁵³. Resaltamos de esto la última parte del

⁵² El texto dice: “*El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma...*”.

⁵³ Wisconsin c. Yoder (15/05/1972). U.S. Supreme Court of Justice. Cita Online: AR/JUR/68/1972. Recuperado de: <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2157/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a0000016ebe38b46c1570862f&docguid=iB2CAFE8402D5436B9DF7CAA6C5046FDE&hitguid=i>

propios parámetros en materia de conducta en los que la sociedad en su conjunto tiene un interés sustantivo...”⁵⁵.

Como otro punto interesante vemos como en esta decisión el tribunal trae a colación la cuestión de la libertad religiosa, denotando una gran importancia que asigna a las convicciones religiosas de sus habitantes, el mismo expresa “...*Nos referimos entonces al argumento más amplio, esgrimido por el Estado, de que su interés en este sistema de educación obligatorio es tan imperioso que aun las prácticas religiosas de los Amish deben ser dejadas de lado. Cuando reclamamos tan fundamentales como la libertad de cultos están en juego, no podemos aceptar una posición tan arrebatadora sin perjuicio de su validez, admitida en la generalidad de los casos, sino que debemos examinar los intereses que el Estado persigue al promover la educación obligatoria hasta los 16 años, y si aquel objetivo se vería impedido si se reconociera a los Amish una excepción...*”⁵⁶. El tribunal apoya esta concepción también con el siguiente argumento: “...*Aún más, parece claro que si el Estado, como parens patriae tienen poder de "salvar" a un niño de sí mismo o de sus padres Amish, requiriéndoles dos años de educación secundaria foral, el Estado influirá, en gran medida, si es que no determinará, el futuro religioso del niño...*”⁵⁷.

Como principal conclusión decimos que claramente la decisión también se ve influida por las disposiciones legales propias de cada ordenamiento, pero la dinámica y el conflicto de pretensiones de da en una forma muy similar a lo que eventualmente podría surgir en nuestro país. En este punto conviene recordar que en la década de 1990 en Argentina se suscitó cierto conflicto entre la comunidad Menonita de la provincia de la Pampa y el gobierno provincial por determinadas materias de enseñanza oficial, pero el mismo se solucionó por la vía administrativa y de los acuerdos políticos entre la comunidad y el ministerio de educación provincial, continuando así el estado actual de la cuestión y sin llegar a la vía judicial.⁵⁸ Proseguimos con el análisis; teniendo en cuenta que los Estados Unidos tienen libertades que son preferidas y una tradición jurídica favorable a la libertad de los individuos frente al estado, no es extraño ver un resultado

⁵⁵ Íbidem

⁵⁶ Íbidem

⁵⁷ Íbidem

⁵⁸ Para mayor información consultar el siguiente enlace:

<https://www.lanacion.com.ar/opinion/los-menonitas-y-la-obligacion-escolar-nid99855>

distinto al que se da en nuestros tribunales. De todas formas, como vimos no sería inconstitucional en Argentina la práctica del Homeschooling si el ordenamiento infraconstitucional lo habilitara. Finalizamos este apartado diciendo que no nos inclinamos por la decisión de uno u otro tribunal, independientemente de las convicciones y posiciones que tomen en este tema lo que se trató de plasmar es como distintos sistemas jurídicos encaran un conflicto de similares características, pero de significativas diferencias en lo decidido por los tribunales.

5. Conclusión.

Podemos concluir con este trabajo afirmando que todo es simplemente una cuestión de más o menos libertad. Por supuesto que de ninguna manera se podrá obviar el rol que tiene el estado o los padres en ningún caso, pero de lo que estimamos que se trata el conflicto es de poder armonizar de la mejor manera el legítimo interés que tienen las dos partes en la cuestión. El ordenamiento jurídico da la pauta de una conciliación y complementariedad, pero luego vemos que se desbalancea en la legislación ordinaria, en la que, como se afirmó previamente, no hay una única decisión de política legislativa posiblemente constitucional. Todo se trata de asignar más o menos libertad a los padres, con los recaudos que sugerimos, si estos consideran apropiada tal o cual forma de educar a sus hijos. Por lo pronto decimos que no se está en desacuerdo con la posición que el estado toma actualmente ni con la que proponemos, sino que ambas son constitucionalmente validas se elija la que se elija. Esto no quiere decir que los padres puedan retirar del sistema educativo formal a sus hijos hasta cuando la legislación no lo habilite, porque como vimos, los tribunales que fallan conforme a la ley vigente, se han encargado de expresar su negativa a esta práctica. Quizás en algún futuro, esta discusión se desarrolle más y el debate se enriquezca con diversas opiniones, por lo pronto esperamos que esto sirva de impulso y herramienta para un debate cada vez más en pugna.

Alejandro Pontel.

Bibliografía Utilizada:

- Cardenal Hengsbach, Libertad de enseñanza y derecho a la educación. El estado democrático y la educación (Traducción castellana de José. Zafra). Navarra. (Sitio de recuperación no disponible)
- <http://luiszanotti.com.ar/>
- José María SOBERANES DÍEZ y Luis Alberto TREJO OSORNIO (2011). Educación escolarizada vs educación en casa. Reflexiones sobre la sentencia Homeschooling del tribunal constitucional español. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a13.pdf>.
- Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: EDIAR.
- Alto Comisionado de DDHH para las Naciones Unidas (2019). Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Alto comisionado de DDHH para las Naciones Unidas (2019). Pacto internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Ley 26.206. Ley de Educación Nacional (2006). Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123542/texact.htm>
- Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (2005). Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes c. B. J. s/ acción de amparo (03/03/2016) Supremo tribunal de Justicia de Neuquén.
- C., A. R. vs. P., N. B. POR PIEZAS PERTENECIENTES”. Sala II de la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Salta.
- Wisconsin c. Yoder (15/05/1972). U.S. Supreme Court of Justice.