

EL PROBLEMÁTICO RECONOCIMIENTO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA DE LA ESCUELA PÚBLICA COMO ESPACIO RELIGIOSO

Por LAURA SALDIVIA MENAJOVSKY*

Resumen:

Este trabajo cuestiona la decisión de la Corte Suprema Argentina en el caso “Castillo y otros c. la Provincia de Salta” sobre educación religiosa en la escuela pública. El tribunal supremo declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial de educación que establecía que la enseñanza religiosa integraba los planes de estudio, que debía impartirse dentro de los horarios de clase y que sus contenidos y habilitación docente requerían el aval de la respectiva autoridad religiosa. También invalidó una disposición provincial que obligaba a los progenitores a manifestar si deseaban que sus hijos recibieran educación religiosa y, en caso afirmativo, en qué creencia querían que sean instruidos.

Aquí se afirma que el Máximo Tribunal utilizó argumentos incorrectos para fundar su decisión. En primer lugar, en este trabajo se cuestiona la interpretación que realiza la Corte del art. 2º de la Constitución, ya que desconoce la reforma constitucional de 1994. En segundo lugar, se cuestiona que la Corte no haya discutido sobre el derecho a la educación religiosa de niños en los términos de la Convención de los Derechos del Niño que integra la Constitución argentina. Se concluye que el tratamiento limitado de esas dos cuestiones condujo a la Corte, por un lado, a convalidar la enseñanza religiosa en el establecimiento público fuera del horario escolar y, por el otro, a avalar el art. 49 de la Constitución provincial que establece que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, todo ello en flagrante violación de la Constitución Nacional.

Palabras clave:

Corte Suprema Argentina; libertad religiosa; educación religiosa; educación pública, Provincia de Salta; derecho de los niños.

* Doctora en Derecho (Yale Law School). Profesora de Derecho Constitucional UP-UBA.

THE PROBLEMATIC RECOGNITION BY THE ARGENTINE SUPREME COURT OF THE PUBLIC SCHOOL AS A RELIGIOUS SPACE

Abstract:

This paper call into question the decision of the Argentine Supreme Court in the case “Castillo y otros c. la Provincia de Salta” on religious education in public school. The supreme court declared the unconstitutionality of the provincial education law which established that religious education was part of the curricula, that it should be taught within the class schedules and that its content and teachers qualification required the endorsement of the religious authority. It also invalidated a provincial provision requiring parents to state whether they wanted their children to received religious education and, if so, what belief they wanted them to be educated.

This work affirms that the Supreme Court used incorrect arguments to based its decision. First, it calls into question the Court’s interpretation of Article 2 of the Constitution as it is unaware of the constitutional reform of 1994. Second, it is disputed the fact that the Court has not discussed the right to religious education of children under the terms of the Convention on the Rights of the Child which is part of the Argentine Constitution. Therefore, it is concluded that the limited treatment of those two issues led to the Court, on the one hand, to validate religious teaching in the public school outside school hours and, on the other, to endorse Article 49 of the provincial Constitution —that established that parents have the right to have their children receive religious education in public school that is in accordance with its own convictions—, in flagrant violation of the National Constitution.

Keywords:

Argentine Supreme Court; freedom of religious; religious education; public education; Province of Salta; children’s rights.

INTRODUCCIÓN

Hacia el final del año 2017 la Corte Suprema argentina emitió un pronunciamiento muy esperado dadas sus implicancias sobre nuestra democracia. Me refiero al caso en el cual se discutió la constitucionalidad del dictado de educación religiosa en las escuelas públicas en la provincia de Salta¹.

Tres magistrades de la Corte Suprema, Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, declararon la inconstitucionalidad de la ley provincial de educación de Salta. En síntesis, esta norma establecía que la enseñanza religiosa integraba los planes de estudio, que se impartía dentro de los horarios de clase y que sus

¹ CSJN, “Castillo y otros c. la provincia de Salta”, 12/12/2017, Fallos 340:1795.

contenidos y habilitación docente requerían el aval de la respectiva autoridad religiosa. También invalidaba una disposición de la Dirección de Educación Primaria de la provincia que obligaba a los progenitores a manifestar si deseaban que sus hijos reciban “educación religiosa” y, en caso afirmativo, en qué creencia querían que sean instruidos².

La declaración de inconstitucionalidad de ambas normas se fundó en que el Máximo Tribunal consideró probado que en numerosas escuelas públicas de la provincia de Salta se enseña y practica la catequesis de un solo culto (el católico apostólico romano) y que ello es discriminatorio y afecta la privacidad de los alumnos. Sostuvo que, con la inclusión de la educación religiosa en el horario escolar dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, se favorecían conductas discriminatorias hacia los niños que no integran el grupo religioso predominante ni ningún otro, generando, de este modo, mayor desigualdad.

La mayoría de la Corte agregó que, cuando una norma admite una lectura que pone a un sector de la población en una situación de inferioridad respecto de un grupo determinado, la misma debe invalidarse porque, de lo contrario, la situación de discriminación se repetirá una y otra vez, más allá de que se invaliden las prácticas puntuales discriminatorias. En estos casos, afirmó, hay que centrar el análisis en la norma como causante de la desigualdad. Por consiguiente, la Corte Suprema consideró probado que dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes que generan un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario. Entendió que la provincia de Salta no había podido justificar la necesidad de la política de educación religiosa que implementa a través de dichas normas.

Por su parte, el art. 49 de la Constitución provincial que establece que los progenitores, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones no recibió el mismo trato de inconstitucionalidad. Por el contrario, el tribunal supremo lo consideró válido, ya que entendió que los principales tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional le reconocen dicho derecho a los padres.

Hasta aquí una síntesis apretada de lo que argumentó la Corte. A continuación, me centro en dos cuestiones que, considero, este tribunal debería haber encarado de forma muy distinta a como lo hizo. En primer lugar, discuto su

² Las normas cuestionadas fueron el artículo del art. 27, inc. ñ), de la ley provincial de educación 7546 (la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”). Asimismo, plantearon la inconstitucionalidad del art. 49 de la Constitución provincial y 8º, inc. m), de la ley 7546 mencionada (“los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa —que esté de acuerdo con sus propias convicciones—”).

ya avinagrada interpretación del art. 2º de la Constitución que desconoce la reforma constitucional de 1994. En segundo lugar, examino la falta de tratamiento del derecho a la educación de le niño en los términos de la Convención Internacional que regula sus derechos y que integra nuestra Constitución. Es llamativo que, para avalar el derecho de les progenitores a educar a sus hijes en sus creencias religiosas en la escuela pública fuera del horario de clases, el Máximo Tribunal haya decidido descartar este material jurídico fundamental. Finalmente, analizo otras contradicciones argumentativas de la Corte.

En suma, en este trabajo sostengo que el tratamiento limitado de las dos primeras cuestiones mencionadas condujo a la Corte a convalidar la enseñanza religiosa en el establecimiento público fuera del horario escolar. Por ello, otra forma posible de comenzar este trabajo es decir que en los últimos días del año 2017 en la República Argentina su Corte Suprema de Justicia avaló la enseñanza religiosa en las escuelas públicas fuera del horario de clases. En pleno siglo XXI, en este país con abrumadora mayoría católica, les jueces supremes entendieron que es constitucional utilizar los establecimientos públicos educativos para impartir educación religiosa a personas menores de edad.

1. ESA PIEDRA EN EL ZAPATO...

Un primer gran escollo con el que nos encontramos quienes sostenemos la importancia de la separación entre el poder político y las religiones el art. 2º de la Constitución Nacional, el cual ordena que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano³. En este artículo los constituyentes argentinos de mediados del siglo XIX, luego de arduas discusiones, adoptaron un modelo de preferencia hacia el credo católico mayoritario. Ello fue reforzado por el posterior entendimiento de la Corte Suprema respecto de que el tipo de apoyo que debe brindar el Estado a la iglesia católica es de índole económica. La interpretación relativa a este tipo de apoyo viene acompañada de la negación respecto de que tal apoyo implique la adopción de una religión de Estado. Desde ya, han afirmado les supremes, esto debe entenderse en el contexto de una posición neutral del Estado en todo otro aspecto distinto al económico frente a las religiones. Como antecedente citan entre otros el fallo “Villacampa” de 1989, donde se sostuvo que, “[e]l art. 2º de la Constitución Nacional se limita a privilegiar a la Iglesia Católica en sus relaciones con el Estado coadyuvando, a la vez, al sostén y protección económica de los gastos de ese culto, los cuales serían pagados por

³ En otros trabajos ya he argumentado sobre la importancia de mantener en esferas separadas al Estado y a las religiones. Véase, por ejemplo, SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, “Laicidad y Diversidad”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CAPDEVIELLE, Pauline (coords.), *Para entender y pensar la laicidad*, Colección Jorge Carpizo, México, UNAM y Porrúa, 2013, t. II, p. 97 y “La remoción del privilegio católico”, en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, t. II, 2016, p. 53.

el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso”⁴. En este caso, la Corte también agregó que ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino.

En eso consiste la estructura y la sustancia del significado que el Máximo Tribunal le otorga al art. 2º. Esta tesis es reafirmada por el mismo tribunal en el año 2017 sin tener en cuenta de que han transcurrido treinta y cinco años de democracia y que los constituyentes de la reforma constitucional del año 1994, donde tuvieron mandato para hacerlo, es decir, en la segunda parte de la Constitución relativa a la organización del poder, eliminaron todo privilegio católico.

El significado del art. 2º, conforme ha sido hartamente predicado por jueces y doctrinarios, debe armonizarse con la disposición constitucional que garantiza la libertad de cultos y de conciencia (art. 14), y con aquella que establece que los extranjeros gozan del derecho a ejercer libremente su culto (art. 20). No obstante, jueces y doctrinarios rara vez reconocen que, en la práctica, de tal convivencia siempre salió airoso el art. 2º y su validación al favoritismo estatal de la religión católica.

Esto es exactamente lo que ocurre en “Castillo”, donde la Corte vuelve a trazar el camino para la validación de este favoritismo al recurrir a la significación histórica del modelo que estableció la ley 1420 de educación pública del año 1884. En este caso, los jueces afirman que un mecanismo que el Estado puede diseñar para respetar la libertad de cada habitante de profesar su culto o ninguno en la escuela pública salteña consiste en permitir que la educación religiosa se imparta en la escuela pública fuera del horario escolar. Para afirmar esto cita una ley de hace más de ciento treinta años cuyo art. 8º estableció que la “enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión, y antes ó después de las horas de clase”.

En este punto, la Corte no se molesta en explicitar qué método interpretativo utiliza para traer a escena un artículo de una ley ancestral que está en conflicto con varias disposiciones de la Constitución. La Corte nos enseña que la posibilidad de dar clases de religión fuera del horario lectivo fue la adecuación que el legislador nacional encontró en 1883 para “no estirpar el sentimiento religioso” de la escuela pública⁵. Corresponde aclarar que tal adecuación legislativa se dio en un contexto donde la iglesia tenía un poder político mucho más grande que el que tiene hoy en día —o, del que debería tener— en el contexto de una reforma constitucional que buscó ponerla a raya.

En un contexto de permanentes interrupciones a la democracia y de estrecha alianza entre los golpes de Estado y la iglesia católica, la interpretación de la Corte relativa al sostenimiento de tipo económico que implica el art. 2º ha

⁴ “Villacampa, Ignacio c. Almos de Villacampa, María Angélica”, 9/2/1989, Fallos 312:122.

⁵ CSJN, fallo “Castillo”, apartado 36.

habilitado la gradual confesionalización del Estado a través de la sanción de normas y prácticas que establecen los recursos económicos y simbólicos que contribuyen a conferir a la religión católica de un *status* jurídico privilegiado⁶. Estos beneficios se implementan al amparo del art. 2º, el cual termina otorgando a la iglesia católica, en nuestra organización nacional, un poder político nada desdeñable que muchas veces ha significado el poder de veto sobre temas que atañen a minorías denostadas por esta creencia religiosa, como son las mujeres y personas LGBTIQ+. Basta pensar el rol que tuvo en la reciente discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo y el rol que está teniendo en obstaculizar la implementación de la ley de educación sexual integral.

El desarrollo de la práctica constitucional en Argentina desde el retorno de la democracia en 1983 orientada a una mayor protección de los derechos de las minorías obliga a revisar y cuestionar toda norma que privilegie a una religión mayoritaria, y más aún si sus preceptos y dogmas desconocen derechos reconocidos por la Constitución. Por más que la Corte en “Castillo” lo ignore, la reforma constitucional de 1994 brinda parámetros suficientes para armonizar el art. 2º con el más reciente articulado constitucional de forma tal de eliminar el favoritismo por la religión mayoritaria.

Es indudable que en la última modificación constitucional los constituyentes buscaron eliminar los privilegios que el texto magno otorgaba a la iglesia católica. Ello se observa tanto en la eliminación de cláusulas específicas que privilegiaban a la religión católica, como así también en la incorporación de una perspectiva centrada en la protección del derecho a la no discriminación de grupos en situación desaventajada (grupos en muchos casos discriminados por la misma iglesia).

Respecto de la primera cuestión, se eliminó el requisito de ser católico para el presidente y vicepresidente (ex art. 76) y se constitucionalizó un acuerdo celebrado con la Santa Sede en el año 1966 por medio del cual el Estado se desprende de prerrogativas que tenía respecto de cuestiones eclesiásticas y la posibilidad de intervenir en el manejo de la iglesia católica (p. ej., el ejercicio del Patronato, el otorgamiento del pase de bulas y rescriptos pontificios o decretos de los concilios, facultad del congreso para autorizar el establecimiento de nuevas órdenes religiosas, y eliminaron la promoción de la conversión de les “indies” al catolicismo, ex art. 67, inc. 15).

⁶ A modo de ejemplo: pago de sueldos a los obispos, el pago de un subsidio por zona desfavorable a curas párrocos o vicarios ecónomos y becas a seminaristas, la remoción del criterio de laicidad de las leyes de educación, el sistema de calificación de películas de cine y la creación del Registro Nacional de Cultos no católicos, los subsidios a escuelas y colegios religiosos, la presencia oficial del presidente y otras autoridades públicas en la celebración del *Te Deum*, y su transmisión por los medios de comunicación públicos, la presencia de símbolos religiosos en los despachos oficiales de jueces, legisladores y funcionarios públicos, en las fuerzas armadas, en hospitales públicos, canal público de televisión, plazas, escuelas, y hasta en nuevas estaciones de subterráneos, el dictado de catequesis en las escuelas públicas del interior del país, privilegios en la ley de medios audiovisuales (arts. 37 y 93), el reconocimiento como persona jurídica de derecho público que realiza el Código Civil (art. 33), entre otras prácticas y normas.

Respecto de la incorporación de una perspectiva centrada en la protección del derecho a la no discriminación de grupos en situación desaventajada, la reforma de 1994 ha incorporado una mirada a favor de la protección de tales grupos sociales (arts. 42, 43, 75 inc. 17 y 75 inc. 23, entre otros). Además, el art. 75 inc. 22 reconoce con jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que en diversas cláusulas también reconocen los derechos de las minorías. Muchos de estos derechos son ignorados por los preceptos católicos que relegan a la mujer a un rol reproductor o consideran a las personas homosexuales desviadas o perversas o les niegan el sacramento del matrimonio. También cuando al interior de su organización no acepta que mujeres o personas transgénero ocupen posiciones eclesiásticas que, en cambio, sí ocupan los varones (p. ej., el sacerdocio).

A esta altura es importante recordar que la ley que estableció la necesidad de reforma de la Constitución no habilitó la modificación de su primera parte referida a la declaración de derechos, donde se encuentra el art. 2º. Por ello, más allá de este límite impuesto a la reforma que impidió que les constituyentes modificaran la última disposición constitucional de tinte confesional, es evidente la voluntad constituyente en el sentido de terminar con los privilegios de la religión mayoritaria, ello a través de la modificación de la Constitución, en donde sí podía hacerlo, de las disposiciones que jerarquizaban y beneficiaban a dicho culto religioso.

Por consiguiente, entre los artículos incorporados en la última reforma constitucional que protegen los derechos de las minorías, más aquellos que dieron señales claras de querer circunscribir la incidencia del culto católico en la esfera pública, y un artículo que privilegia a una mayoría católica que no pudo ser objeto de reforma, la Corte Suprema debería haber reinterpretado este último a la luz de los primeros para así armonizar la interpretación constitucional a favor de la clara voluntad de constituyente de remover el privilegio católico que no pudo ser revisado en la reforma. La remoción de este privilegio es un primer paso para alcanzar la instauración de un Estado laico respetuoso de la libertad de culto, de la igualdad entre los distintos cultos, y de la igualdad entre ellos y quienes no profesan ningún culto.

No obstante, les cortesanes continúan con la interpretación constitucional de fines del siglo XIX referida a que el mandato de que el Estado nacional debe sostener al culto católico debe entenderse en términos económicos, como si esto no implicara, de hecho, que el Estado toma partido por una religión específica. De esta forma, fundamentan toda una serie de privilegios, sean estrictamente económicos o no. Su declaración respecto de que el privilegio del art. 2º no implica que este culto revista el carácter de religión oficial del Estado argentino termina cayendo en saco roto.

En definitiva, la confirmación cortesana del privilegio católico es una burla a la más mínima consistencia jurídica. De ahí que sea difícil creerles a los jueces supremos cuando resaltan que la neutralidad religiosa es un valor en

nuestra Constitución (dicen: “la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular —incluso la de los no creyentes—, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar”)⁷. El Máximo Tribunal desaprovechó una oportunidad única para interpretar la Carta Magna teniendo en cuenta el contexto de una democracia ya afianzada luego de treinta y cinco años de continuidad y de una voluntad concreta del pueblo argentino de remover de este texto supremo, de la parte que fue habilitada para ser reformada, los beneficios de la religión mayoritaria.

2. LA OMISIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

El otro tema que el tribunal supremo encaró de forma insuficiente se refiere al derecho de los niños a recibir educación religiosa. Ello en virtud de que focalizó su análisis en el derecho de los padres y no en el de niños y adolescentes (NyA)⁸. Este enfoque le permitió convalidar el art. 49 de la Constitución provincial que establece que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, en notoria violación de la Constitución Nacional.

Dado que la libertad de culto y de conciencia de los NyA es un derecho cuyo titular aún se encuentra en desarrollo y por tanto su criterio está en formación, es central el rol que tanto el Estado como los padres deben tener para promover tal desarrollo⁹. Muchas veces los NyA tienen derechos que requieren de una autonomía sofisticada para su ejercicio, razón por la cual no son capaces de ejercerlos. Tales derechos deben ser resguardados hasta que la persona mayor de edad adquiera la mayoría de edad, es decir, cuando haya desarrollado dicho grado de autonomía. Aquí se busca garantizar que, en el futuro, cuando los niños sean mayores de edad, puedan ejercer estos derechos. Esto no es equivalente a decir que la titularidad de ese derecho sea vacía hasta que el niño llegue a la adultez. Por el contrario, tanto el Estado como los padres deben contribuir al desarrollo de la autonomía que permita ejercer dicho derecho. La libertad religiosa y de conciencia es uno de tales derechos.

Cabe recordar que hasta hace poco tiempo atrás la infancia estuvo gobernada por el tratamiento o paradigma tutelar. Este modelo no consideraba a los

⁷ CSJN, fallo “Castillo”, apartado 14.

⁸ Esta argumentación ha sido desarrollada en el *amicus curiae* en el caso “Castillo” presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales junto a las organizaciones de la red INCLO: ACLU (American Civil Liberties Union), CCLA (Canadian Civil Liberties Association), HCLU (Hungarian Civil Liberties Union), HRLN (Human Rights Law Network) de la India y el LRC (Legal Resources Centre) de Sudáfrica.

⁹ Al respecto, véase el famoso artículo de FEINBERG, Joel, “The Child’s Right to an Open Future”, en AIKEN, William y LAFOLLETTE, Hugh (eds.), *Whose Child? Children’s Rights, Parental Authority, and State Power*, Totowa, NJ, Rowman & Littlefield, 1980.

NyA sujeto de derecho, sino que, al poner el acento en sus carencias eran consideradas objeto de protección y control por parte del Estado, la familia y la sociedad, quienes debían brindarle tutela y asistencia. Esta ha sido, por ejemplo, la postura adoptada por el Código Civil argentino hasta su reforma en el año 2015.

En las últimas décadas un nuevo entendimiento de los derechos de les NyA ha desplazado la mirada tutelar restrictiva. Ello se ha producido de la mano de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) adoptada en el año 1990, la cual fue el primer instrumento internacional que modificó esta perspectiva. Su adopción implicó profundas transformaciones jurídicas y sociales en la forma en la cual les adultes y las instituciones se relacionan con las personas menores de edad. Debe recordarse que esta Convención fue sancionada de forma posterior a los instrumentos internacionales en los que la Corte basa su decisión, algo que pareciera que a les jueces supremes se les pasó por alto... También debe recordarse que desde la reforma constitucional del año 1994 goza de jerarquía constitucional.

La CDN incorpora una nueva concepción en torno a la situación jurídica de las personas menores de edad. La mirada tutelar y asistencialista es sustituida por la de protección integral que reconoce a la persona menor de edad como sujeto de derecho. Sustentada en este paradigma, enarbola el principio del interés superior de le NyA: premisa fundamental para la interpretación y la aplicación de todo el espectro de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico le confiere a le NyA una especial protección en virtud de su condición de vulnerabilidad y de encontrarse en pleno desarrollo de sus potencialidades. Debe ejercer sus derechos de acuerdo con su edad y grado de madurez.

Es por ello que, específicamente respecto de la educación, el art. 29 de la CDN establece que ella debe estar destinada a “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”. El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 1, apartado 9, al interpretar esta cláusula estipula que el objetivo principal de la educación debe consistir en “el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad (...) desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales”. Asimismo, el Comité DESC, en su Observación General 13 destaca la importancia de la educación y de la diversidad cuando afirma que ella debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos¹⁰.

Esta nueva concepción jurídica de las personas menores de edad implica la correlativa reestructuración y disminución de la necesidad de dirección y

¹⁰ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 13: El derecho a la educación (art. 13), 8/12/1999, (E/C.12/1999/10), apartado 4.

orientación por parte de sus xadres, la cual ahora debe ejercerse desde un lugar de acompañamiento y asistencia. Lo mismo sucede con la protección que brinda el Estado, la cual se verá restringida a medida que se incremente la autonomía de le infante.

Abunda decir que este cambio en la concepción de la niñez y del rol de sus xadres también ha sido receptado en varias disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación. A modo de ejemplo, el art. 646 enuncia como deberes y derechos de los progenitores: “considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos y prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos”. Asimismo, el art. 639 fija los principios sobre los que se estructura la función parental: «...a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez». Esto último también es receptado en el art. 26 que, además, “presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física... A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

El cambio jurídico con relación al rol de les xadres respecto de sus hijos también se observa en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes 26.061 y en el art. 5º de la Ley sobre el Derecho a la Identidad de Género, donde les legisladores por unanimidad consideraron que les NyA, con la guía y acompañamiento de sus xadres, pueden decidir sobre su identidad de género autopercebida.

En los puntos que siguen, primero, discutiré el alcance del derecho de les xadres a inculcar sus creencias religiosas y morales a sus hijos. Luego, agregaré algo sobre la obligación que tiene el Estado con relación al derecho de lxs NyA a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, conforme su formulación por el art. 14 de la CDN.

2.1. Los deberes de les Xadres

Les NyA son sujetos cuyas capacidades se encuentran en evolución y cuyas habilidades cognitivas son distintas a la de les adultes. Por ello, el ejercicio de su derecho a la libertad de culto y de pensamiento requiere del desarrollo previo de su autonomía personal. Esta mirada centrada en el desarrollo de su autonomía como condición para el ejercicio de sus derechos es la que adopta la Convención que específicamente entiende sobre ellos. En el ámbito tradicional del derecho internacional, como se verá en los párrafos siguientes, la mirada de

la Convención no es la única que promueve un cambio profundo de concepción respecto del derecho de los progenitores sobre la formación moral y religiosa de sus hijos.

En el caso “Castillo” la Corte basa su pronunciamiento en instrumentos internacionales de derechos humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que impone a los Estados la obligación de respetar la libertad de los padres para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral acorde a las convicciones de los padres (art. 18) y, aunque afirma que toda persona tiene derecho a la libertad religiosa, no dice nada respecto de los Niños y Adolescentes (NyA).

Esta falta es notoria, ya que parece desconocer el cambio operado en las últimas tres décadas en la concepción de las personas menores de edad como sujetos de derechos —como opuesto a objetos de protección jurídica—. En este sentido, contraponiéndose al esquema jurídico centrado en el derecho de los padres y no en el de los niños, la CDN establece la libertad religiosa de los niños y el derecho de los padres y representantes legales de guiar este derecho (art. 14). En este instrumento internacional se limita el derecho de los padres a decidir de forma plena sobre la formación moral y religiosa de sus hijos a sólo guiar el ejercicio de sus derechos. Ello debe ser realizado, continúa la Convención, conforme la evolución de las facultades decisionales de la persona menor de edad. Ello implica que al proveer orientación a sus hijos los padres tienen la obligación de respetar las capacidades del niño en evolución y no sólo basarse de manera discrecional en sus propias creencias.

De manera similar se ha expresado el relator especial de las Naciones Unidas sobre Libertad Religiosa o de Conciencia, Heiner Bielefeldt, cuando sostiene que, a fin de facilitar un rol cada vez más activo de los niños en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa o de creencia, se debe brindar una orientación de una manera consistente con sus capacidades en evolución, respetando de esta forma al niño como titular de derechos desde muy temprano¹¹. Así, tanto la Convención como lecturas posteriores que se han hecho a su articulado han buscado subsanar el viejo entendimiento sobre el tema representado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La CDN asume que los Niños y Adolescentes aún no tienen preferencias religiosas o morales razón por la cual deben ser guiados por sus padres en el proceso hacia la obtención de ellas. El derecho a la libertad religiosa de las personas menores de edad requiere del desarrollo de tal libertad conforme a la evolución de sus capacidades. Ello debe llevarse a cabo de manera participativa y teniendo en cuenta, por un lado, el derecho a ser escuchado establecido en el art. 12 de la Convención, y, por el otro, la evolución de sus facultades reconocida en el art. 5º de este

¹¹ Véase su reporte “Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa” a la Asamblea General (A/70/286, 15/8/2015).

instrumento de derecho internacional de derechos humanos¹². Para comprender el alcance de la libertad religiosa y de pensamiento de les NyA, la infancia no debe entenderse como un momento de la vida definida a partir de ideas de dependencia o subordinación a les xadres.

La mirada que aquí se adopta implica que la libertad de elección de les xadres puede ser limitada para proteger derechos presentes de les hijos (p. ej., su integridad física) o para proteger derechos que sólo podrán ejercer en el futuro, como su derecho a ejercer plenamente su autonomía moral. Les miembros de las nuevas generaciones tienen derecho a “un futuro abierto”¹³. Aunque esto no obliga a sus progenitores a abstenerse de toda decisión que tenga algún impacto sobre la vida de sus hijos, en cambio, sí los obliga a no tomar decisiones que anulen o hipotequen de manera significativa su autonomía moral futura.

En un país con mayoría católica, que en algunas provincias llega a más del noventa por ciento de la población¹⁴, la ausencia de espacios públicos libres de religión, más aún si tal ámbito es la escuela, es una forma coercitiva de imponer una religión. No alcanza con restringir la enseñanza religiosa al horario de clases y al plan de estudios, sino que dicha restricción debe hacerse extensiva al horario fuera de clases. Si ese espacio público es especialmente habitado por personas menores de edad, tal coerción cae de manera desmesurada sobre ellas, ya que todavía no tienen desarrollada de forma suficiente su capacidad para tomar decisiones de forma autónoma. Esta circunstancia infringe su derecho a una educación que promueva las condiciones para su autonomía futura.

2.2. *Los deberes del Estado*

De lo citado precedentemente corresponde inferir que les NyA tienen derecho a que el Estado maximice sus oportunidades para el desarrollo de su autonomía personal. El derecho a la libertad religiosa o de conciencia tiene como premisa la autonomía de la persona. Ello implica plantear el ejercicio de este derecho en les NyA a partir de su propia autonomía restringida, pero siempre progresiva. Cuando el Estado deja el ropaje de la neutralidad para vestirse de una religión específica, viola las opciones futuras de les NyA. Eso ocurre cuando la Constitución de Salta otorga a les xadres el derecho a que sus hijos reciban educación religiosa en la escuela pública que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Si se tiene en cuenta que en esta provincia el 91.7 por ciento de

¹² Al respecto, véase a DÍAZ MONTIEL, Diana, “El derecho a la libertad religiosa y niñas, niños y adolescentes”, México, Biblioteca Jurídica de la UNAM, 2014, p. 248.

¹³ Expresión de Joel Feinberg, en “The Child’s Right to an Open Future”, cit. *ut. supra*.

¹⁴ En el noroeste (que incluye a las provincias de Jujuy, Salta, Tucumán, Catamarca, La Rioja y Santiago del Estero) coexisten un 91,7 por ciento de católicos, un 3,7 por ciento de evangélicos, un 2,1 por ciento de mormones y testigos de Jehová, un 1,8 por ciento de indiferentes religiosos y un 0,7 por ciento de creyentes de otras confesiones (por ejemplo, judíos y musulmanes). Información disponible en el libro MALLIMACI, Fortunato (y colaboradores), *Atlas de las creencias religiosas en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2013.

sus habitantes son católicos, la habilitación que hace la Constitución local a les xadres equivale a instaurar antes o después del horario escolar la educación católica en las escuelas públicas¹⁵. Además de limitar el desarrollo de la autonomía progresiva de les niñes, el adoctrinamiento católico avalado por el Estado no les garantiza la posibilidad de elegir libremente su creencia, sea ella religiosa o no, y les impone acriticamente la creencia religiosa por él privilegiada.

Es necesario que el Estado proteja los derechos presentes y futuros de les miembros de las nuevas generaciones asegurándose de que puedan adquirir los saberes y destrezas necesarios para ejercer plenamente la ciudadanía y su propia independencia moral. El Estado debe asegurar un ambiente escolar que promueva su autonomía progresiva presente y futura. Y ello solo es factible de ser realizado por medio de una enseñanza, y de establecimientos educativos, públicos, libres de la influencia de toda religión, más aún si ella es mayoritaria¹⁶.

La escuela debe ser entendida como el primer ámbito público de construcción ciudadana para las personas menores de edad. Por su parte, el docente debe ser considerado el primer referente público y político junto al cual les NyA deben poder crecer como ciudadanos libres y democráticos. El valor de la escuela está dado, pues, en que es un lugar muy importante para abrir a les NyA a mundos diferentes a los de su familia, o a los de su *statu quo*. En palabras de Gabriel Brener, la escuela debe ser “un lugar en el mundo para interceder o quebrar ciertos destinos que parecen naturales”¹⁷.

Siguiendo esta línea de pensamiento, les constituyentes de la reforma de 1994 también vincularon la importancia de la educación con la democracia y la igualdad al establecer en el art. 75, inc. 19 de la CN que la enseñanza debe estar orientada a “la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”, objetivo que sólo puede alcanzarse si no se confiere preeminencia a culto alguno.

Sobre el estrecho vínculo que existe entre la democracia y el principio de igualdad y no discriminación, corresponde remitirse a las palabras de Pedro Salazar Ugarte, profesor mexicano en materia de laicidad, cuando señala que,

es el ámbito educativo en el que más debe notarse la vinculación entre la laicidad y el principio de igualdad. En un Estado democrático todos los niños y las niñas, sin excepciones, deben recibir las mismas herramientas intelectuales para vivir una vida digna y moralmente autónoma. La única

¹⁵ MALLIMACI, Fortunato, *Atlas de las creencias religiosas...*, cit.

¹⁶ Creo que la única educación válida para les NyA en una democracia constitucional es la educación pública, ya que es la única que asegura que las personas menores de edad serán socializadas como ciudadanas en un contexto de igualdad social. Esto implica considerar inconstitucional no sólo la educación religiosa, ya sea del culto mayoritario o no, sino también la educación privada.

¹⁷ BRENER, Gabriel, *Periodismo pedagógico de escuelas, violencias, medios y vínculos entre generaciones*, Buenos Aires, Caminos de Tiza, 2014.

manera de hacerlo sin menoscabo de las creencias que aprendan en sus casas es ofreciéndoles un espacio escolar laico y plural. En la escuela, las niñas y los niños deben aprender a convivir y a entablar una comunicación abierta con compañeras y compañeros que piensan diferente, y deben hacerlo compartiendo un aprendizaje ilustrado y genuino basado en el uso de la razón crítica. Es ahí donde se refuerzan las convicciones que hacen de la no discriminación una regla de convivencia fundada en el reconocimiento recíproco y profundo del otro como un ser igualmente digno (...) Por ello, la escuela tiene una responsabilidad ineludible: ofrecer un terreno parejo para que los ciudadanos y ciudadanas del futuro entrelacen relaciones afectivas, éticas e intelectuales más allá de sus diferencias. Más allá de los dogmas y de los prejuicios¹⁸.

3. A MODO DE CIERRE: ALGUNAS INCONSISTENCIAS ARGUMENTATIVAS DE “CASTILLO”

La Corte se acuerda de la reforma constitucional para afirmar que, “la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen”¹⁹.

Es una buena noticia la comprensión estructural y situada que el Máximo Tribunal hace del principio de igualdad y no discriminación. Esta perspectiva lo lleva a reconocerla hegemonía católica en Argentina cuando afirma que “resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica”. Luego agrega, “que ningún otro credo que el mayoritario se enseña en las aulas”²⁰.

Sin embargo, ante la constatación que realiza la Corte de la preponderancia del catolicismo en la población salteña, se torna sorprendente, cuando no inconsistente, que consideren válido un artículo de la Constitución provincial que tiene también, al igual que el inciso de la ley que declaran inconstitucional, vistos neutrales pero un impacto claramente desigual, ya que el derecho de los padres a educar a sus hijos en la escuela pública en sus creencias, debe en realidad leerse como educar a sus hijos en sus creencias católicas.

¹⁸ SALAZAR UGARTE, Pedro, “La laicidad: antídoto contra la discriminación”, *Cuadernos de la Igualdad*, 8, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), 2007, pp. 48-49.

¹⁹ CSJN, fallo “Castillo”, apartado 18.

²⁰ *Ibidem*, apartado 24.

Otro salto de inconsistencia argumentativa se observa cuando la Corte, por un lado, establece que el derecho a la igualdad y no discriminación es afectado por el inc. ñ) de la ley provincial respecto de quienes profesan cultos distintos al católico o no profesan ninguno, pero, por el otro, sostiene que es constitucional impartir clases de religión fuera del horario escolar. Es cierto que ha sido la misma parte actora quien estrechó el alcance de un eventual pronunciamiento de la Corte sobre este tema cuando en su demanda reconoce que el principio de neutralidad no implica que la escuela pública deba prescindir del fenómeno religioso, al admitir la posibilidad de que se enseñen los distintos cultos fuera del horario de clase. Esta también ha sido la postura salomónica del procurador ante la Corte. De todos modos, la Corte no debería haberse quedado incólume ante una postura que violenta los preceptos de la Constitución conforme fue explicado más arriba.

En el fallo tampoco hay un cuestionamiento específico de la parte del inc. ñ) de la ley provincial que dice que los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa. Dada la gravedad de tal injerencia la Corte debería haber sido más específica sobre este punto afirmando que los contenidos y docentes que vayan a enseñar educación religiosa en la escuela pública fuera del horario de clase los fija el Estado y no una religión en particular. Caso contrario la Corte pareciera hacerle un guiño favorable al culto que hasta ahora administró el conocimiento sobre este tema. Pareciera que la única parte del inc. ñ) que cuestiona el Máximo Tribunal es el referido a que se enseñe religión en la escuela pública en horario de clases y no quién ni qué.

La Corte Suprema tampoco indagó cómo la educación religiosa en las escuelas públicas fuera de hora podría implementarse sin violar los derechos de las personas no católicas que contribuyen al igual que las católicas en la construcción y mantenimiento de dichos establecimientos. Tampoco le produjo una preocupación constitucional que la misma discriminación que sufren las personas menores de edad no católicas cuando se dicta religión dentro del horario escolar en las escuelas públicas se replique cuando se haga lo mismo fuera del él. Les jueces supremes no explicaron cómo se solventaría esa enseñanza religiosa extracurricular. ¿Por qué la educación religiosa, la cual será eminentemente católica en un país donde el 90% de la población se define como perteneciente a este culto, fuera del horario escolar y como actividad extracurricular no viola los derechos que esa misma educación dentro de dicho horario sí viola?, ¿Quién pagará el sueldo a quien desarrolle esa actividad religiosa extracurricular?, ¿Quién correrá con el costo del mantenimiento y limpieza del espacio público utilizado?, ¿Qué se hará con los símbolos religiosos?, ¿Se ingresarán al establecimiento cada vez que la actividad extracurricular religiosa tenga lugar o se destinará un lugar específicamente reservado para ella o para guardar y/o exponer biblias y crucifijos? Claro, el art. 2º permite que el Estado se haga cargo de estos costos, algo que, como vimos, fue reafirmado por la Corte y que aquí cuestiono.

Incluso, si todas estas preguntas se responden a favor de que la iglesia católica corra con los costos de su prédica, en el plano simbólico, todavía perviven estas preguntas: ¿qué sentirá una persona menor de edad cuando su escuela sea utilizada para una actividad de la que no puede formar parte y de la que seguramente participen la gran mayoría de sus compañeros definidos como católicos por sus xadres? y ¿qué impacto tendrá esta exclusión en el marco de su configuración ciudadana? En términos más amplios aún, ¿qué sucede cuando la escuela, incluidas sus actividades extracurriculares, deja de ser ese primer escenario fundamental para la conformación de niños como ciudadanos, ya no como hijos de, sino como personas autónomas e independientes? ¿Qué sucede cuando se renuncia a la laicidad como principio rector de una democracia constitucional?

La mejor forma de lograr el desarrollo de la personalidad de les NyA, de sus dotes naturales, de su capacidad de reflexión autónoma y crítica, de sus dotes creativas y otras aptitudes que les brinden las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales es a través de la educación en la pluralidad de creencias religiosas o no y en un ambiente libre de la influencia y presiones de la religión mayoritaria. Es deber de les xadres guiar ale niño en el ejercicio de sus derechos, no en imponerle sus creencias, y ello debe ser hecho teniendo en cuenta su capacidad para tomar decisiones conforme su edad madurativa. Por su parte, es obligación del Estado garantizar las condiciones presentes y futuras para que niños y adolescentes ejerzan sus derechos —entre ellos el derecho a su autonomía progresiva, condición necesaria para el ejercicio de otros derechos como es el derecho a la libertad de culto y de conciencia—.

Para ello, el Estado debe asegurar que la educación pública, ya sea dentro o fuera del horario de clases, sea un ámbito libre de religión, no solo porque lo contrario implica la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, sino porque, además, debe velar por una educación que potencie a futuro la autonomía de les NyA a través de la enseñanza de su capacidad crítica —algo que se contradice a los dogmas, entre ellos el religioso—. Es en la escuela donde se promueven las convicciones basadas en la centralidad de la regla de igualdad y no discriminación como camino a una convivencia ciudadana democrática basada en el reconocimiento recíproco y profundo de le otre como un ser merecedor de la misma dignidad y de un destino compartido.

Como intenté mostrar en este trabajo, un análisis crítico de la sentencia de la Corte deja en evidencia la superficial y sesgada interpretación de nuestra Constitución que allí se realiza. Esta interpretación limitada permitió avalar, por un lado, la enseñanza religiosa dentro del establecimiento público, cualquiera sea la hora en la que eso se lleve a cabo. Por otro lado, también permitió convalidar el art. 49 de la Constitución provincial respecto de que les xadres y en su caso les tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupiles reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, viola los principios más preciados de nuestra Constitución Nacional, todo ello en flagrante violación de la Constitución Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BRENER, Gabriel, *Periodismo pedagógico de escuelas, violencias, medios y vínculos entre generaciones*, Buenos Aires, Caminos de Tiza, 2014.
- DÍAZ MONTIEL, Diana, “El derecho a la libertad religiosa y niñas, niños y adolescentes”, México DF, Biblioteca Jurídica de la UNAM, 2014.
- FEINBERG, Joel, “The Child’s Right to an Open Future”, en AIKEN, William y LAFOLLETTE, Hugh (eds.), *Whose Child? Children’s Rights, Parental Authority, and State Power*, Totowa, NJ, Rowman & Littlefield, 1980.
- MALLIMACI, Fortunato (y colaboradores), *Atlas de las creencias religiosas en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “La laicidad: antídoto contra la discriminación”, *Cuadernos de la Igualdad* 8, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), 2007.
- SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, “Laicidad y diversidad”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CAPDEVIELLE, Pauline (coords.), *Para entender y pensar la laicidad*, Colección Jorge Carpizo, México DF, UNAM y Porrúa, 2013, t. II.
- “La remoción del privilegio católico”, en GARGARELLA, Roberto y Sebastián GUIDI, Sebastián (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, t. II, 2016.

Recepción: 19/7/2019

Aceptación: 30/8/2019