

## ***El fallo Castillo: ¿una nueva línea jurisprudencial o un nuevo eslabón en la cadena del «case law» de la Corte Suprema Argentina en Derecho a la Educación?***

***Castillo: a clearly new leading case or just a new precedent in the case law about the right to education by the Argentine Supreme Court?***

**Sebastián Scioscioli**

e-mail: [sebastianscioscioli@derecho.uba.ar](mailto:sebastianscioscioli@derecho.uba.ar)

*Universidad de Buenos Aires. Argentina*

**Resumen:** El foco de este trabajo se centra en la sentencia de la Corte argentina sobre la discusión acerca de la constitucionalidad de la obligatoriedad de la enseñanza religiosa en horario escolar en las escuelas públicas de educación primaria. Para poner la sentencia en contexto jurisprudencial, reconstruimos el *case law* de la Corte en materia de educación a los efectos de dar cuenta de la existencia de una serie de precedentes relevantes en la materia y que pueden ser considerados como antecedentes que guiaron al tribunal en su actual decisión. Luego, analizamos los argumentos plasmados en el fallo en concreto, prestando especial atención a aquellos vinculados con los principios de la neutralidad religiosa y la igualdad, en tanto ambos impactaron de especial modo en las interpretaciones que los jueces asumieron respecto de la naturaleza y los alcances del derecho a la educación y de las obligaciones del Estado (tanto federal como provincial) en la materia. Concluimos que si bien el fallo constituye un paso importante hacia la exigibilidad del derecho a la educación en Argentina, la Corte Suprema debió haber puesto un mayor énfasis argumentativo a los fines de asegurar una enseñanza pública laica, conforme a una interpretación progresiva y pro persona del desarrollo normativo educativo legal, constitucional y convencional de los derechos humanos en la Argentina.

**Palabras clave:** Derecho a la educación; educación religiosa; igualdad; jurisprudencia; Argentina.

**Abstract:** In this article we propose a comment regarding the decision made by the Argentine Supreme Court on the compulsory religious education in the curricula and during school hours in public primary schools. Firstly, we revise the case law in education. Then, we analyze the arguments expressed in «Castillo» decision, paying special attention to those related to the principles of religious neutrality and equality, since both impacted considerably on the interpretations that the Judges assumed regarding the definition and scope of the right to education and the obligations of the State (both federal and provincial) in the matter. As a conclusion, we will argue that although this case is an important step towards the enforcement of the right to education in Argentina, the Supreme Court did not argue enough (or did not want) to achieve a definitive rule about laicism in public schools, in accordance with a progressive and pro personae interpretation of the right to education content in the normative, constitutional and conventional development of human rights in Argentina

**Keywords:** Right to Education; religious education, equality; jurisprudence; Argentina.

Recibido / Received: 18/04/2018

Aceptado / Accepted: 13/07/2018

## 1. Planteamiento del problema. El *case law* sobre el derecho a la educación

La experiencia en reclamos referidos a la educación por los tribunales de un Estado es una herramienta muy útil para conocer el grado de reconocimiento del derecho, su carácter y su alcance en los hechos. Frente al Poder Judicial se juega una gran parte del tema de las garantías del derecho, un componente clave de la educación vinculado con su exigibilidad. De esta forma la acción judicial puede contribuir a reducir la distancia, a veces estructural o sistemática, entre la normatividad y la efectividad, posibilitando una mayor realización del derecho. Esto último reviste especial importancia cuando se trabaja con derechos sociales, en donde la actitud activa o indiferente que desarrolla el Estado, integra un componente clave a la hora de asegurar el respeto o cumplimiento del contenido afectado o amenazado en el caso concreto.

El 12 de diciembre de 2017 la Corte Suprema de Justicia argentina decidió el caso «Castillo, Carina Viviana y otros c/. Provincia de Salta – Ministerio de Educación s/ amparo»<sup>1</sup>. El caso se originó a partir de una acción de amparo contra la Provincia de Salta iniciada por una asociación civil sin fines de lucro (ADC) junto con un grupo de padres y madres de hijos que asistían a la escuela pública en dicha provincia<sup>2</sup>. Solicitaban la inconstitucionalidad de los artículos 8° inciso m y 27 inciso ñ de la ley de educación provincial 7546, en donde la Legislatura local dispuso la enseñanza religiosa obligatoria en los establecimientos escolares públicos. Subsidiariamente, también reclamaban la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución provincial en tanto prevé el derecho a recibir en las escuelas públicas educación

<sup>1</sup> Fallo CSJ 1870/2014/CS1. Puede accederse al fallo a través del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verdoc.do?method=verDocumento>. Recuperado el 11 de marzo de 2018.

<sup>2</sup> En este sentido, debe recordarse que la República Argentina es un país federal, que se divide en 24 jurisdicciones o estados locales, preexistentes al Estado nacional y que gozan de autonomía política, si bien limitada al respeto de la supremacía de la Constitución Nacional y la legislación federal. Salta es una de las provincias del país, ubicada en el extremo norte del territorio.

religiosa que esté de acuerdo con las convicciones de los padres o tutores de los alumnos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su mayoría, confirmó la constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución salteña, de las normas de la ley de educación provincial, a excepción de la cláusula citada del artículo 27 y dispuso la inconstitucionalidad de las prácticas religiosas *en el modo* que se venían desarrollando en las escuelas públicas. Es decir, dentro del horario escolar, como parte plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa. La decisión se compuso por los votos de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco. El ministro Rosatti, por su parte, suscribió una disidencia parcial, en tanto consideró la constitucionalidad tanto de la Constitución salteña como de toda la ley local de educación, pero sostuvo también la antijuridicidad de las condiciones y prácticas conforme a las cuales, en los hechos, se implementaba la educación religiosa actualmente en la provincia. Finalmente, el juez Rosenkratz no participó de la sentencia por haberse excusado de intervenir en la causa con motivo de que al momento de promoverse la acción de amparo era miembro de la ONG coactora en la demanda.

El objetivo de este trabajo consiste en responder la siguiente pregunta: el caso «Castillo», ¿se trata de una sentencia que se enmarca en algunas de las líneas jurisprudenciales de la Corte ya trazadas sobre derecho a la educación básica o, si por el contrario, constituye este caso la génesis de una nueva vertiente? A los efectos de este trabajo en el próximo apartado presentaremos el *case law* de la Corte sobre el derecho a la educación en la Argentina a nivel federal. Luego, nos detendremos en la reconstrucción del caso «Castillo» tanto respecto del voto mayoritario como del juez Rosatti, para analizar los argumentos brindados para la solución del caso y ahondar en las interpretaciones que se asumieron respecto de la naturaleza y alcances del derecho a la educación y de las obligaciones del Estado (tanto federal como provincial) en la materia. Por último, concluiremos que la Corte no ha abierto en su plenitud las ventanas de «oportunidades» que le planteaba el caso «Castillo» para establecer reglas jurisprudenciales más claras sobre el derecho a la educación básica. Sostendremos que por la forma en que lo conceptualizó y enmarcó sus contenidos, no lo perfiló como derecho social y con ello, se perdió una oportunidad importante para dar el puntapié a una nueva línea jurisprudencial en educación<sup>3</sup>.

En este trabajo perseguimos así un objetivo de largo aliento. Desempolvamos una línea jurisprudencial de la Corte que presenta dos características. Por un lado,

---

<sup>3</sup> Esto es llamativo si lo comparamos con la jurisprudencia emanada en materia de otro derecho social (similar en su reconocimiento tanto en el nivel constitucional como en su desarrollo normativo posterior) como el derecho a la salud. En efecto, en esa área la Corte si supo trazar una verdadera línea de precedentes de alto impacto legal y social a partir de una serie de casos paradigmáticos y dedicó sendos párrafos destinados exclusivamente a definir el derecho y sus alcances tanto en el holding como en sus obiter dicta. Así, si se atiende a la línea jurisprudencial en la materia que arranca en el año 2000 a partir de casos tales como «Campodónico» (Fallos 323: 3229), «Asociación Benghalensis» (Fallos 323: 1339), «Hospital Británico» (Fallos 324: 754), «Etcheverry» (Fallos 324: 677), «CEMIC» (C. 595. XLI), entre muchos otros, se observa que la Corte ha sabido en estos precedentes construir una base deontológica uniforme y lograr una reconceptualización del derecho a la salud como derecho social autónomo en la actualidad. Ver, entre muchos otros, Clérico, Ronconi y Aldao (2013).

es escueta, pues como veremos, no han sido muchas las ocasiones en donde la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal nacional e intérprete de las normas constitucionales y convencionales, se pronuncia en torno al derecho a la educación. Los casos ante la Corte que han involucrado, directa o indirectamente alguna afectación al derecho a la educación básica, no exceden el universo de los veinticinco casos aproximadamente (Scioscioli, 2015), muy por debajo de otras abultadas líneas jurisprudenciales como las provenientes de la educación superior (Clerico, Scioscioli y Cardinaux, 2010). Por tratarse la educación primaria de un ámbito descentralizado, en la Argentina la jurisdicción en materia de educación básica es local o provincial, lo que provoca que existan problemas para armar una base de datos jurisprudencial consistente y que permita ver con claridad la supervisión y tutela judicial del derecho a la educación en las respectivas provincias. Esto podría implicar así una dispersión de la litigiosidad en las jurisdicciones provinciales, dificultando la «visibilidad» y la fuerza de los precedentes en clave de exigibilidad del derecho.

Por el otro lado, la jurisprudencia tradicional sobre el tema parece estar desenganchada de las discusiones actuales sobre el concepto y la estructura del derecho a la educación. En este marco, resulta llamativo que la Corte no hubiera aprovechado la oportunidad para realizar una conceptualización fuerte del derecho a la educación como derecho humano fundamental y social, haciendo énfasis en la multiplicidad de contenidos a cargo del Estado y que claramente van mucho más allá del estricto tema de la laicidad. Paradójicamente, el voto de la mayoría ni siquiera percibe la necesidad y conveniencia de referirse al tema no ya como un «derecho de enseñar y aprender» sino como el «derecho a la educación». Conceptualización que, por lejos, además de ser la utilizada actualmente en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus organismos de aplicación e interpretación, pone correctamente énfasis en su carácter de derecho social a la vez que acentúa el foco en el sujeto activo del derecho: la persona que aprende. En suma, y más allá del caso concreto que se discute en Castillo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación parece seguir atrapada en una concepción de derecho a la educación básica como derecho liberal clásico.

## **2. La línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia educativa**

La educación desde la mirada de la escolarización, en tanto constituye la forma más deliberada de instrucción humana<sup>4</sup>, pone a cargo particularmente del Estado el deber de prestación de una educación básica a las personas. Con la institucionalización de la educación, asimismo, se perfila con mayor claridad la concepción de la educación como derecho fundamental y sus notas definitorias, dentro de las cuales es posible demarcar los tres elementos claves en esta relación:

---

<sup>4</sup> Esto no significa desde ya reconocer que la única educación posible es aquella que se produce en la escuela. Sin embargo, como señala Gutmann (2001) podemos igualmente admitir la centralidad de la escolarización en la educación y aun así reconocer que ésta es mucho más que la escuela.

la persona como sujeto activo del derecho (quien recibe educación, con especial énfasis en el/la niño/a y adolescente en el supuesto de la educación primaria y secundaria), el objeto, es decir las prestaciones debidas en la materia educativa, y el Estado (principal responsable del respeto y realización del derecho aludido). Reconocer la educación formal básica como derecho fundamental implica un cambio radical en el modo en que se concibe la relación entre (y especialmente) los niños y el Estado. Si complementamos esta relación con el enfoque de los derechos humanos es posible remarcar la importancia de la visibilidad de la existencia de un individuo o un grupo como sujeto titular del derecho y sus necesidades e intereses. De este modo, se destaca también la posición de quien está obligado a garantizar el derecho a la educación: el Estado, pero no ya como un mero administrador de un servicio público sino además, como sujeto destinatario –por el derecho nacional e internacional– de obligaciones de diverso tipo que imprimen un contenido específico que debe cumplirse para con ese derecho.

La jurisprudencia de la Corte argentina, aunque acotada, permite reconstruir la concepción de educación que sostiene el tribunal al momento de resolver reclamos referidos a ella y el alcance de las disposiciones previstas en las bases constitucionales. Sostendremos que se pueden vislumbrar al menos once líneas jurisprudenciales que, en un sentido amplio y no exhaustivo, clasificamos en<sup>5</sup>: a) autonomía de los establecimientos educativos, y en particular de las universidades nacionales; b) situaciones de discriminación hacia docentes y alumnos en el ámbito público y privado; c) supuestos de conflictos entre la libertad de culto y la objeción de conciencia; d) régimen disciplinario (estudiantil); e) cuestiones impositivas de los establecimientos educativos; f) responsabilidad legal de los docentes y/o establecimientos educativos; g) relación laboral docente (transferencias, despidos, suspensiones, cesantías, entre otras; h) sistema educativo, su estructura federal y los planes de estudio; i) reclamos por cumplimiento de obligaciones o prestaciones debidas por el Estado nacional o provincial en materia educativa en general; j) cuestiones que vinculan a la educación en el marco de reclamos por prestaciones integrales hacia personas en condiciones desaventajadas; y k) vulneraciones o afectaciones al derecho a la educación en contextos de privación de libertad.

La clasificación presentada demuestra que buena parte de los casos que llegan a la Corte se refieren a la relación laboral docente o aspectos de la responsabilidad civil tradicionales. Respecto de los otros, en su mayor parte tienen que ver con afectaciones indirectas del derecho a la educación por la vía del agravio a otros derechos fundamentales. En este trabajo solo nos concentraremos en relación con aquellas líneas jurisprudenciales que nos permitan comprender el camino argumentativo recorrido por la Corte en sus fallos hasta llegar a la decisión presente. Por este motivo, nos referiremos a los casos vinculados con supuestos de discriminación, situaciones en que entran en conflicto la libertad de culto y el interés estatal en la educación, y aquellos otros que refieren a tensiones entre las competencias federales en materia educativa, pues estos casos son los que a menudo se transforman en problemas de acceso o permanencia en el sistema o

---

<sup>5</sup> La mayor parte de estos casos admitiría a su vez una subclasificación según la perspectiva desde la cual se los analiza.

comprometen el derecho a la educación como derecho fundamental en alguno de los contenidos que se ponen en juego en el caso «Castillo».

## 2.1. *Conflicto entre la libertad de culto y la objeción de conciencia*

No es casual que el caso que motiva este trabajo tenga que ver con la línea jurisprudencial más común a partir de la cual han llegado al máximo tribunal de justicia nacional los conflictos en materia educativa. Uno de los primeros casos emblemáticos ocurre en el año 1976 cuando el gobierno de facto de aquél entonces prohibió por decreto la actividad de los Testigos de Jehová, por considerar que dicho culto no había cumplido con las reglas exigidas para su inscripción. Sin embargo, cuando una escuela pública expulsó a un alumno por haber manifestado que profesaba dicho culto, la Corte Suprema ordenó su reincorporación por considerar que la simple pertenencia a un grupo religioso no autorizado no podía afectar el derecho de aprender<sup>6</sup>. En otra decisión, la Corte sostuvo que la expulsión de dos niños que eran Testigos de Jehová por no reverenciar los símbolos patrios era ilegítima, en cuanto éstos carecían de «discernimiento» y su actitud pasiva, más que un menoscabo a esos símbolos representaba una actitud de obediencia a la autoridad paterna<sup>7</sup>. En este sentido expresó que, sin perjuicio de la validez legal de la resolución general del Consejo Nacional de Educación, la inteligencia asignada por las autoridades del establecimiento escolar respectivo importaba un apartamiento manifiesto y arbitrario de los fines de la norma superior, con grave daño a los demandantes. Así en este caso, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma que imponía a los estudiantes la reverencia a los símbolos patrios, el tribunal efectuó una interpretación del término «reverenciar» compatible con la conducta de los estudiantes y protegió el derecho de éstos a permanecer en la escuela<sup>8</sup>.

En el año 1981, la Corte declaró improcedente un recurso extraordinario dado que no observaba crítica ni necesidad de revisión alguna y concreta del caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Dicho fallo provincial confirmaba el amparo interpuesto por los padres a fin de que se declarara la inconstitucionalidad del decreto provincial por el cual se había expulsado a dos niños de un establecimiento educativo con motivo de la negativa de éstos, fundada

<sup>6</sup> CSJN, «Hidalgo de Feltan» (1977), Fallos 299: 358.

<sup>7</sup> CSJN, «Barros» (1979), Fallos 301: 151.

<sup>8</sup> También para aquella época la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre este punto. Frente a ella se denunció al Estado argentino los hechos que denotaban los impedimentos de jóvenes pertenecientes al credo de Testigos de Jehová en relación con el acceso a la educación –por ejemplo, se les impedía de hecho inscribirse en las escuelas o dar exámenes, se los expulsaba de los institutos educativos– relacionándose con el decreto estatal arriba citado que prohibía las actividades de ese grupo religioso. Así el organismo internacional señaló en su informe que tal situación era una violación al «derecho de igualdad de oportunidades para la educación». Por tal motivo, consideró incumplido el artículo XII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que recepta este derecho. Es interesante señalar que no declaró violado el derecho a la igualdad, de lo que se desprende que consideró el deber de dar un trato igualitario en el acceso a la educación como parte del contenido de este derecho. Véase Caso 2137. *Testigos de Jehová*. Resolución de 18 de noviembre de 1978 [Informe anual 1978].

en razones religiosas, de escoltar la bandera<sup>9</sup>. Para el mismo año, en otro caso similar que llegó a la Corte Suprema, se dispuso que se dejase sin efecto la sentencia que denegaba la sustanciación del amparo interpuesto por un padre en nombre de sus hijos menores expulsados de una escuela por aplicación de una resolución ministerial de la Provincia de Buenos Aires que disponía tal sanción para quienes se negaran a reverenciar los símbolos patrios, sus próceres y recordar fechas históricas<sup>10</sup>.

## *2.2. Situaciones de discriminación*

Otra de las líneas de precedentes de la Corte en materia educativa está representada por las situaciones de discriminación hacia docentes y alumnos en el ámbito de las escuelas públicas y privadas. La Corte Suprema en «Almirón» decidió que la exigencia de la visión de los dos ojos no guardaba relación de proporción con el objeto de estudiar el profesorado de geografía y, por lo tanto, implicaba «un atentado al derecho constitucional de aprender y enseñar».<sup>11</sup> Asimismo, agregó que

la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada; verificar el cumplimiento de dicho presupuesto<sup>12</sup>.

También tuvo oportunidad de referirse en estos temas en similar sentido en la causa «Arenzón»<sup>13</sup>. En ese caso el actor dedujo una demanda de amparo contra la Dirección Nacional de Sanidad Escolar al negarle dicho organismo el certificado de aptitud psicofísica que le permitía ingresar en un profesorado de matemáticas y astronomía sobre la base de que el actor no reunía el requisito de altura mínima exigido por una resolución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación al declarar la inconstitucionalidad de la resolución expresó que «la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica para inscribirse [...] no guarda razonable relación

---

<sup>9</sup> CSJN, «Santa Cruz, Hilario y otro» (1981), LA LEY 1982-A, 283.

<sup>10</sup> CSJN, «Blengio, Aroldo c. Ministerio de Educación y Cultura de la Prov. de Buenos Aires» (1981), LA LEY 1982-A, 277. La jurisprudencia norteamericana tiene numerosos precedentes en relación con la objeción de conciencia en el sistema escolar, entre los que también cabe mencionarse los casos de negativa al saludo a la bandera (flag salute cases) como el caso «Barnette» (West Virginia Board of Education v. Barnette – 319 U.S. 624, 1943) donde la Corte norteamericana entendió que la ceremonia de saludo a la bandera no sólo afecta la libertad religiosa sino también la libertad de expresión y pensamiento y que debe existir un «peligro evidente y actual» para excepcionalmente habilitar la supresión de la libertad de expresar la propia opinión.

<sup>11</sup> CSJN, «Almirón, Gregoria c/Ministerio de Educación de la Nación s/acción de amparo» (1983). Fallos 305: 1489.

<sup>12</sup> CSJN, «Almirón», considerando 5º.

<sup>13</sup> CSJN, «Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación – Dirección Nacional de Sanidad Escolar» (1984), Fallos 306: 400.

con el objetivo de estudiar el profesorado [...] e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el artículo 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración»<sup>14</sup>. En el fallo se destaca la reflexión plasmada en el voto de los jueces Petracchi y Belluscio, quienes embaten resueltamente contra los intentos de imponer una «ética elitista, perfeccionista y autoritaria», que sirviera de sustento ideológico a la norma impugnada<sup>15</sup>.

Otro de los fallos más importantes, en donde se comprometió la accesibilidad en el derecho a la educación –pero desde una faz del derecho de enseñar– se refirió al caso «Repetto»<sup>16</sup>. Allí la Corte Suprema de Justicia Nacional consideró inconstitucional la exigencia de nacionalidad argentina para impartir enseñanza en establecimientos públicos sobre la base de que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales, de acuerdo con los artículos 14 y 20 de la Constitución<sup>17</sup>. En el caso, por aplicación de una normativa provincial, se exigía a una ciudadana norteamericana, residente en la Argentina desde los tres años, con título de maestra jardinera obtenido en el país, obtener la nacionalidad argentina para continuar ejerciendo esa profesión en una escuela privada. El tribunal por unanimidad declaró la inconstitucionalidad de aquella disposición y amparó el derecho de la extranjera a enseñar, invocando también el derecho de los extranjeros al desempeño de sus profesiones en iguales condiciones que los ciudadanos argentinos.

En este mismo orden de importancia de los casos que guían los precedentes de la Corte en temas de discriminación y educación, otro muy relevante esta vez en razón del género, llegó a la Corte en 1997 con el fallo «González de Delgado»<sup>18</sup>. No se refiere ya al sujeto docente sino a los y las alumno/as, lo que cambia el eje hacia el derecho de aprender y a la igualdad en el acceso a la educación pública considerada

<sup>14</sup> CSJN, «Arenzón», considerando 5º. En esta misma línea, en el ámbito de la educación superior, recientemente la Corte Suprema confirmó una sentencia por la que se obligó a una universidad nacional a que se reconozca el derecho de un estudiante con discapacidad motriz a cursar el Profesorado Universitario en Educación Física, debiendo adecuar la institución los métodos de evaluación a efectos de que el estudiante pueda transitar su carrera universitaria en igualdad de condiciones que los demás estudiantes, garantizando así lo dispuesto en la Convención contra las Personas con Discapacidad y los principios de la educación inclusiva. CSJN, «Naranjo, E. c. Universidad Nacional de La Matanza», del 10 de noviembre de 2015, (CSJ 94/2014 (50-N)/CS1).

<sup>15</sup> CSJN, «Arenzón», considerando 15 del voto concurrente de los jueces Belluscio y Petracchi. Con posterioridad se referirá Petracchi a lo resuelto en Arenzón en forma más enfática aún: «En este último el atraso cultural se filtra a través de los horribles argumentos de la defensa: «Un profesor demasiado bajo impresiona a los alumnos y quebranta la disciplina». Entonces inmediatamente tendría que decirse: Claro, tiene que ser alto, rubio y preferentemente con tono germánico para que los alumnos lo respeten. Es realmente monstruoso» (Abramovich y Garrido, 1988). Ver también, en el mismo sentido, Nino (1992).

<sup>16</sup> CSJN, «Repetto» (1988), Fallos 311: 2272.

<sup>17</sup> El artículo 14 de la Constitución histórica reconoce como derecho civil a todo habitante el derecho de «enseñar y aprender»; el artículo 20 garantiza a los extranjeros el goce de los mismos derechos civiles que los ciudadanos.

<sup>18</sup> CSJN, «González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba» (2000), Fallos 323:2659.

de elite. Los padres de unos alumnos del Colegio Nacional Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, dedujeron una acción de amparo contra la resolución del Consejo Superior de la citada Universidad en virtud de la cual el Colegio se transformaría en un establecimiento de carácter mixto. El tribunal de apelaciones de segunda instancia, por mayoría, había rechazado la acción y declarado la validez de la ordenanza cuestionada. Contra lo así resuelto los actores se dirigieron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien confirmó en igual sentido la sentencia apelada. Si bien el voto mayoritario del tribunal decidió la causa sobre la base de que la mentada decisión de la universidad no era pasible de revisión judicial respecto de la oportunidad, mérito y conveniencia de su dictado (pues era un acto administrativo vinculado con el gobierno y la autonomía universitaria), dispuso que no se vulneraba el artículo 14 de la Constitución Nacional dado que éste no otorgaba a los padres el derecho a que se mantenga un régimen de educación diferenciada por sexos, considerado contrario al progreso institucional de acuerdo con la promoción del proceso democrático y la igualdad de oportunidades sin discriminaciones por las autoridades competentes. De especial relevancia es el voto de Petracchi, pues en él se refuerza la necesidad de aplicación de un examen de escrutinio estricto, que tal como vimos en el caso «Repetto» exige un examen de razonabilidad más agravado por tratarse la causa de discriminación de una «categoría sospechosa»<sup>19</sup>. En su voto se establece un estándar claro: la educación diferenciada por sexo vulnera normas contenidas en el bloque de la constitucionalidad argentina, y consecuentemente, con el objeto de eliminar estereotipos discriminatorios se debe tender progresivamente a la implementación de sistemas educativos mixtos. La necesidad de promoción de medidas de acción positiva que refuercen la igualdad real o fáctica se observa también en su afirmación de que la implementación de la enseñanza mixta en el Colegio era «la única alternativa compatible con los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación y con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –de jerarquía constitucional–, ya que el mandato del artículo 10, inc. c) de esta norma internacional no se cumple con la creación de un colegio similar dedicado a las mujeres». La validez de la ordenanza universitaria residía en la eliminación del concepto estereotipado de los roles masculino y femenino mediante el desarrollo de un sistema educativo mixto. Para Petracchi, una educación diferenciada por géneros, hacía recordar a la desgraciada historia de «separados pero iguales» proveniente de la Corte de los Estados Unidos<sup>20</sup> y que descansa en el concepto de inferioridad de la clase que se discrimina: las desigualdades discriminatorias entre los seres humanos no son sólo jurídicas y económicas, también son sexuales<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> CSJN, «González», Fallos 323:2659, considerando 7º del voto concurrente de Petracchi.

<sup>20</sup> En alusión a las escuelas públicas racialmente segregadas existentes en los Estados Unidos hasta su eliminación a partir de la declaración de inconstitucionalidad en el caso *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483 - 1954).

<sup>21</sup> CSJN, «González», Fallos 323:2659, considerando 7º del voto concurrente de Petracchi.

### 2.3. Estructura escolar y planes de estudios

Otro punto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que puede tener interés relevar en este artículo se encuentra vinculado con temas de la estructura del sistema educativo y sus planes. En la Corte existen puntualmente algunos precedentes vinculados con las modificaciones a los planes de enseñanza o estudio. Esta línea de precedentes es relevante puesto que en estos casos se pone de manifiesto la competencia del gobierno federal de controlar que las provincias cumplan con los lineamientos y pisos básicos establecidos en las normas federales, por caso la Constitución Nacional y las leyes federales sobre estos temas de organización institucional educativa.

En este marco, la Corte Suprema de la Nación también se ocupó de reafirmar los límites de las competencias provinciales en materia de diseño y organización del sistema educativo. Dada la estructura federal del país, la Constitución Nacional delega en el Congreso Nacional la aprobación de las leyes educativas que conforman las bases del sistema educativo estatal (niveles escolares, contenidos mínimos obligatorios, entre otros), y deja a las provincias la facultad de poder complementar a sus sistemas locales sus propias particularidades sin que se afecte el piso federal. En el caso «Ferrer de Leonard»<sup>22</sup>, la Corte Superior de Justicia de Tucumán –por mayoría– desestimó la acción de amparo iniciada por unos padres en representación de sus hijos menores de edad a fin de que el Estado provincial se abstenga de aplicar el decreto 390/01, de su poder ejecutivo y la resolución 25/5/01<sup>23</sup>, de su Ministerio de Educación y Cultura y se le ordene hacer efectiva la prestación educativa a sus hijos matriculados en el tercer ciclo de la Educación General Básica (E.G.B. 3). En el dictamen del Procurador que la mayoría de la Corte Suprema de la Nación hace suyo, dejando sin efecto el fallo recurrido, se indicó que la provincia, al disponer que el séptimo año del Nivel de Educación Media se reubicara en el Nivel de Educación Básica, modificaba indebidamente el Ciclo 3 de la Educación General Básica (E.G.B.), cuyo régimen uniforme en todo el país había sido acordado en el seno del Consejo Federal de Cultura y Educación de acuerdo con los lineamientos perfilados por el Congreso Nacional al sancionarse la Ley de Educación, lo cual determinaba «la manifiesta inconstitucionalidad de los actos impugnados»<sup>24</sup>. Además, precisó que «por amplia que sea la autonomía de las provincias para implementar el nuevo sistema, ésta no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico general al cual se debe adecuar». Concluyó que la responsabilidad asignada al Congreso Nacional en la materia «es exclusiva y excluyente y que es claro que aquél [por la provincia] no puede desatenderla, pues el constituyente le confió con carácter propio una materia que, sin lugar a dudas, es uno de los objetivos primordiales del país. [...] Por mandato de la Constitución

<sup>22</sup> CSJN, «Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Provincia de Tucumán» (2003), CSJ 466/2001 (37-F)/CS1.

<sup>23</sup> El decreto 390/01 de la provincia de Tucumán y la resolución del 25/5/01 del Ministerio de Educación provincial volvían a articular el sistema educativo provincial en las tres categorías previas a la sanción de la Ley de Educación Federal, esto es Enseñanza Básica, Media y Superior.

<sup>24</sup> CSJN, «Ferrer de Leonard», punto IV del dictamen del Procurador General de la Nación.

Nacional, el Congreso está obligado a definir el modelo institucional de manera que asegure la vigencia de determinados principios y garantías que también se hallan insertos en dicha Carta»<sup>25</sup>. Esta jurisprudencia resulta de interés también en oportunidad de comprender la inquietud de la Corte por hacer respetar el piso federal de competencias del Estado nacional de cara a las obligaciones básicas que éste asume desde una concepción del derecho a la educación como derecho fundamental a partir de su función de organización y procedimiento, en el contexto de un Estado federal.

### **3. El caso «Castillo»**

La línea jurisprudencial trazada constituye parte del marco de referencia actualizado en el que debe ser leído el fallo «Castillo». A los fines de poder comprender el contexto puntual de esta sentencia, así como su importancia para la resolución del caso, procederemos a realizar una descripción de los hechos, para luego avanzar en las consideraciones de los votos en particular y sus conclusiones.

#### *3.1. Un recorrido del caso y su contexto*

Como señaláramos más arriba, el caso se originó a partir de una acción de amparo iniciada por una asociación civil sin fines de lucro junto con un grupo de padres y madres de hijos que asistían a la escuela pública de la provincia y que solicitaban la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y de los artículos de la ley de educación salteña que autorizaban la enseñanza religiosa en los establecimientos escolares públicos (de manera obligatoria en el horario de clases, dentro del currículo oficial con los contenidos y la habilitación docente avalados por la respectiva autoridad religiosa).

La ley de educación impugnada contempla en primer lugar<sup>26</sup>, en su Título II referido a los principios, fines y criterios de la educación y de la política educativa, que se debe garantizar que los padres y en su caso los tutores tengan el derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones «en cumplimiento del artículo 49 de la Constitución de la provincia de Salta» (art. 8º inc. m). Este punto se complementa con el apartado acerca de los derechos y deberes de los padres en cuanto expresa sus derechos de «elegir para sus hijos o representados, la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas». Asimismo, enuncia como «responsables de las acciones educativas, la familia, como agente

---

<sup>25</sup> CSJN, «Ferrer de Leonard», punto IV del dictamen del Procurador General de la Nación.

<sup>26</sup> La norma, que fue formalmente sancionada en diciembre de 2008, desató desde su inicio una gran polémica especialmente fuera de la provincia, tal como lo resaltan varias noticias publicadas en los medios gráficos en aquel momento. En tales medios se resaltaba en particular que la norma sólo quiso «blanquear» una situación de hecho donde la enseñanza de la religión católica desde 1978 (colándose incluso en las reformas curriculares sobre «Formación ética y ciudadana en la década de los noventa) integra de hecho los planes de estudio de la educación primaria pública. Incluso expresamente los planes de estudio de la entonces EGB (Educación General Básica) señalaban el estudio de la «religión en el ámbito nacional y la provincia y celebraciones».

natural y primario, el Estado Provincial en los términos de la Constitución Provincial y [la] Ley, la Iglesia Católica, las confesiones religiosas oficialmente reconocidas y las asociaciones y organizaciones sociales con personería jurídica y fines educativos» (art. 9º). Finalmente dispone en el Capítulo II que en tanto «la educación primaria tiene como finalidad proporcionar una formación integral, básica y común», son objetivos de ella, entre otros, «brindar enseñanza religiosa, la cual 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» (art. 27 inc. ñ)<sup>27</sup>. La Constitución de Salta<sup>28</sup>, por su parte, se suma a los ordenamientos jurídicos de otras provincias tales como Catamarca y Tucumán que aún hoy hacen de la enseñanza religiosa una de las características de su educación pública<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Por su parte, también el Estatuto del Educador de la provincia (ley 6830/95) contempla a los «profesores de religión», quienes deberán contar con la habilitación otorgada por la persona responsable y su estabilidad «queda sujeta a las particularidades que la reglamentación fije en el caso».

<sup>28</sup> El texto originario de la Constitución salteña es de 1986. Si bien ha tenido reformas parciales en 1998, el actual artículo 49 (ex 48) permaneció inalterado.

<sup>29</sup> El artículo 270 de la Constitución de Catamarca (de 1988) señala que «la Provincia garantizará la enseñanza religiosa en sus centros educativos de todos los niveles según el culto de los educandos, siempre que el mismo esté reconocido por la Dirección Nacional de Cultos. Para los menores de edad, queda a criterio de los padres el aceptar o no dicha enseñanza para sus hijos. La indicada enseñanza estará sujeta a normas jurídicas especiales y su dictado a cargo de personas propuestas por la autoridad de los respectivos credos». Asimismo, su ley de educación local (ley 4843, art. 26) expresa que la provincia debe garantizar la enseñanza religiosa en las unidades escolares de su dependencia, según el culto de los educandos, evitando toda forma de discriminación. Por su parte, la constitución tucumana señala en su artículo 144 que «es derecho de los padres el exigir para sus hijos que en los planes de estudios de las escuelas estatales se incluya la enseñanza del credo en el que los educan en el hogar, conforme con el orden y la moral pública. Tal enseñanza se impartirá dentro de los horarios de clase, con el debido respeto a sus convicciones personales». Asimismo, la ley de educación de dicha provincia, señala en sus lineamientos y fines que de conformidad con lo dispuesto en la constitución local, la política educativa deberá asegurar «la participación de la familia, como agente natural y primario de la educación, garantizando el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, según sus propias convicciones, y a que se incluya, dentro de los horarios de clase, la enseñanza del credo en el que se los educa en los hogares, conforme con el orden y la moral pública, asegurando la igualdad para todas las confesiones religiosas reconocidas» (art. 6º ley 7463). Otras constituciones provinciales, refieren a la enseñanza religiosa también, algunas previendo un texto más ambiguo como el caso de la Constitución de Córdoba (de 1988) que señala igualmente el derecho de los padres a que sus hijos reciban en la escuela estatal, «educación religiosa o moral según sus convicciones», mientras que otras hacen explícita la cuestión de su enseñanza fuera del horario de clase (como en el caso de la constitución de San Luis de 1987). Otros casos también se destacan por ciertas menciones específicas. En la Ley de Educación de la Provincia de Buenos Aires (ley 11612) se establece que la educación debe formar «en los principios de la moral cristiana, respetando la libertad de conciencia» (art. 1º). En los casos de Córdoba (ley 8113), Jujuy (ley 4331), Santa Fe (ley 3554), San Juan (ley 6755) y Santa Cruz (ley 263) se establece la enseñanza religiosa optativa escolar según las convicciones en las escuelas de gestión estatal. Este análisis es también en parte elaborado por el juez Rosatti en su voto en su considerando 17 del fallo.

El fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta<sup>30</sup> desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la Constitución local y de la ley provincial. Sin embargo, hizo lugar parcialmente al amparo colectivo al disponer que la provincia demandada debía adoptar «las medidas para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que imponen prácticas de la religión católica». Dispuso asimismo adecuar el dictado de la materia Educación Religiosa a los parámetros fijados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos citados en sus considerandos. Es de destacar que, en la sentencia, se dio por probado que la alegada pluralidad de credos en la enseñanza religiosa no se cumplía<sup>31</sup>. En los hechos, en múltiples establecimientos educativos se desarrollaban cotidianamente prácticas concretas que se correspondían con un credo en particular<sup>32</sup>.

Apelada la sentencia por ambas partes, la Corte de Justicia de Salta (máximo tribunal de justicia de la provincia) en julio de 2013 confirmó la declaración de constitucionalidad de la Constitución local y de la ley de educación provincial y revocó la decisión de prohibir las prácticas religiosas en las escuelas. No obstante, indicó que debían efectuarse únicamente durante el horario fijado para la enseñanza de la materia. Dispuso finalmente que se arbitre un programa alternativo para quienes no deseen ser instruidos en la religión católica<sup>33</sup>.

Los actores originarios, padres y la asociación civil involucrada, interpusieron contra dicha sentencia un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue concedido en marzo de 2017<sup>34</sup>. La Procuraduría

---

<sup>30</sup> «Castillo, Carina Viviana y otros vs. Gobierno de la Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta – Acción de Amparo», Expte. N° 313.763/10; de fecha 23 de febrero de 2012.

<sup>31</sup> Es interesante advertir que ya en esta instancia se acreditan hechos que no se condicen con lo que en instancias superiores ante la Justicia tratará de utilizar la provincia paradójicamente como argumentos a su favor. Entre ellos, cabe resaltar que ya en dicha sentencia anterior al fallo de la Corte Suprema aparece el dictamen del Asesor de Incapaces de la provincia quien expresa, en palabras del tribunal, que «existe por parte del estado provincial una falta en cuanto a no contar con una opción para aquellas personas que no quieran concurrir a clases de religión, donde se les pueden enseñar valores o conceptos éticos, como así también darse la oportunidad a las otras religiones reconocidas en la Argentina para que puedan formular los programas acordes a su lineamiento doctrinario». Esta conclusión es interesante, puesto que uno de los argumentos de la provincia –repetido incluso en las audiencias públicas del caso– es que la provincia habilitaba la igualdad de oportunidades para la participación de otros credos (además del culto católico) en el espacio curricular reservado a la enseñanza religiosa.

<sup>32</sup> Por ejemplo, entre otros hechos, el fallo de la Cámara dio por probado la práctica de rezar diariamente en algunas instituciones (incluso fuera del horario asignado para el dictado de la materia de educación religiosa), que los alumnos que no reciben educación religiosa permanecen igualmente en el aula mientras se dicta la clase de religión y la participación obligatoria en la conmemoración de festividades religiosas.

<sup>33</sup> Corte de Justicia de Salta, Fallo «Castillo, Carina Viviana y otros vs. Provincia De Salta; Ministerio de Educación de la Prov. de Salta –Amparo– Recurso De Apelación» (Expte. N° CJS 33.659/10), Tomo 177: 851/894, de fecha 12 de julio de 2013.

<sup>34</sup> El recurso extraordinario federal es la acción procesal por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabeza del Poder Judicial Federal y último intérprete de la Constitución

General de la Nación emitió su dictamen solicitando a la Corte Suprema confirmara la constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de Salta y la inconstitucionalidad de la ley de educación local, en su artículo 27 inc. ñ, y de la Disposición provincial N° 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial.<sup>35</sup> Solicitó ordenar en último término, el cese de la enseñanza religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios, así como de la realización de prácticas religiosas –como los rezos, bendiciones y oraciones en los cuadernos– dentro del horario escolar en el ámbito de las escuelas públicas.

En agosto de 2017 la Corte convocó a cuatro días de audiencias públicas<sup>36</sup>, en las que participaron ambas partes y que contó con la exposición de «Amigos del Tribunal». Las audiencias habilitaron un espacio para permitir la reconstrucción del caso y sus alcances, precisar los términos de la controversia, expandir la dimensión del conflicto, el planteo de diversos argumentos y el efecto potencial de la decisión<sup>37</sup>. Finalmente, el 12 de diciembre de 2017, cerca de la feria judicial, la Corte publicó su sentencia a cuyo análisis someteremos en el siguiente apartado.

### 3.2. *La decisión de la corte*

Si bien el fallo, tanto en su voto de la mayoría como en la disidencia parcial, enmarcan su decisión en varios argumentos, es posible distinguir dos niveles de argumentos principales. Por un lado, se desarrollan aquellos vinculados con la noción de neutralidad religiosa del Estado y el subsiguiente reconocimiento de la

---

Nacional y de las leyes federales, lleva a cabo el control de constitucionalidad frente a las normas o actos de órganos inferiores que se reputen violatorios de la supremacía constitucional o de derechos fundamentales.

<sup>35</sup> Esta norma disponía de un modelo de formulario conforme al cual se solicitaba a los padres o tutores de los alumnos «que concreten la opción sobre la participación o no de sus hijos o pupilos en las clases de religión, y la creencia en la que desearan fueran instruidos indicando en este último caso la religión». El formulario nota era archivada en el legajo del alumno luego.

<sup>36</sup> Conforme el marco de lo dispuesto por su propia Acordada 30/2007 que regula sobre el tema. Sobre el régimen de las audiencias públicas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede verse Benedetti y Saenz (2016).

<sup>37</sup> La utilización del mecanismo de las audiencias públicas constituyó en el caso un verdadero foro para el planteamiento de las diversas posturas y argumentos, permitiendo precisar el objeto del litigio que se asumía como estructural. En dicha instancia fue posible sopesar con mayor rigor las posiciones enfrentadas. La difusión por este medio de la controversia implicó también un importante efecto de publicidad, que llevó a los medios periodísticos a darle una relativa amplia cobertura al tema. En el caso, también es interesante ver la significancia práctica de las audiencias y constatar cómo tanto el voto de la mayoría como el de la disidencia parcial, recuperan en parte los argumentos más pesados y reiterados sostenidos por ambas partes y los amigos del tribunal; se utiliza a las audiencias (citándolas a lo largo del texto en no menos de trece ocasiones) para orientar la decisión y tener por acreditados aspectos claves, así como la cuestión constitucional en debate. Por último, y a título de anécdota, no puede dejar de señalarse que el escenario de la audiencia, la Sala de Audiencias en el Palacio de Justicia, presentaba una estética casi paradigmática: entre los elementos que la componen resalta por su tamaño y ubicación la presencia de un crucifijo justo detrás de donde se sienta el máximo tribunal. Las audiencias y las listas de oradores pueden consultarse en la página oficial de la Corte. Recuperado el 4 de enero de 2018 de <http://www.cij.gov.ar/audiencias.html>.

libertad de conciencia y de cultos. Por el otro lado, aunque vinculados a éstos, se desarrollan el argumento igualitario y el análisis de las consecuencias de las prácticas discriminatorias encubiertas presentes en el caso.

### **3.2.1. Sobre neutralidad religiosa del Estado, sobre la libertad de conciencia y de cultos**

En efecto, las primeras líneas de argumentación del voto de la mayoría discurren por el camino de la interpretación originaria e histórica del texto constitucional del artículo 2° de la Constitución Nacional<sup>38</sup>. De sus referencias a la Convención Constituyente de 1853, y de la interpretación jurisprudencial que la propia Corte ha formulado en sus precedentes sobre el tema (tales como los casos «Didier»<sup>39</sup>, «Portillo»<sup>40</sup>, «Sejean»<sup>41</sup>) surge claro la inexistencia de una «religión oficial» del Estado argentino, la consagración del principio de libertad religiosa (de conciencia y de culto) y la asociación de la idea de «sostenimiento» de la Iglesia Católica Apostólica Romana con la acepción de sustento económico, materializada en el reconocimiento de esta como sujeto de derecho público y la inclusión de una partida para el clero secular en el presupuesto nacional<sup>42</sup>. También en este contexto se encuentra la reivindicación que realiza de la ley 1420 (de 1884). En dicha norma el Estado definió y ordenó en el ámbito de la entonces Capital Federal y los territorios nacionales la educación primaria obligatoria, gratuita, gradual, mixta y que establecía un plan de estudios mínimo común, que sólo permitía la enseñanza religiosa fuera del horario de clase<sup>43</sup>. A medida que avanza hacia la definición del alcance de la neutralidad religiosa del Estado en educación, el Tribunal ya no sólo considera argumentos de corte histórico, sino que también suma y recurre a interpretaciones dinámicas del texto constitucional y, en particular, de aquellas vinculadas con el

---

<sup>38</sup> El artículo 2° de la Constitución Argentina expresa «El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano».

<sup>39</sup> CSJN, «Didier Desbarats» (1928), Fallos 151: 403.

<sup>40</sup> CSJN, «Portillo» (1989), Fallos 312: 496.

<sup>41</sup> CSJN, «Sejean» (1986), Fallos 308: 2268.

<sup>42</sup> Véase el considerando 8° in fine del voto mayoritario.

<sup>43</sup> El artículo 8° de la ley 1420 disponía 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 o después de las horas de clase». La ley sentó también las bases de la educación argentina permitiendo su organización en el nivel primario bajo la órbita del Consejo Nacional de Educación. La ley 1420, pese a su importancia como hito normativo hoy no vigente, tuvo a nuestro entender un papel sobre representado a lo largo del caso, especialmente en el marco de los argumentos desarrollados en las audiencias públicas. Sin negar dicho valor histórico, su cita y reiteración exagerada puede dificultar (como de hecho ocurrió) el reconocimiento e interpretación de todo un extenso desarrollo normativo posterior cimentado y vinculado con la constitucionalización del derecho a la educación a la luz de los contenidos educativos dispuestos en los instrumentos internacionales de derechos humanos (y que debe definírselos como definitivamente ganados y por lo tanto, exigibles más allá de la norma derogada, respecto de los cuales ya no resulta posible dar marcha atrás en su reconocimiento).

debate constituyente durante la reforma constitucional de 1994 del artículo 75 inc. 19<sup>44</sup> y, en menor medida, del inc. 22 de la Constitución<sup>45</sup>.

De este modo, finalmente la mayoría de la Corte concluye que el principio de neutralidad comprende la posibilidad de profesar (o no) libremente un culto (citando como referencia al artículo 14 de la Constitución) *incluso en el ámbito escolar*. Esto último con especial fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos (conforme el 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y que entiende garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias<sup>46</sup>. Concluye que «la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia *todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar*»<sup>47</sup>.

A partir de ello, la Corte remarca la necesidad de que los contenidos sobre enseñanza religiosa deben construirse de forma objetiva y neutral. No orientada a una religión determinada ni sesgada, y que no requiera la adhesión personal del estudiante. Para la mayoría de la Corte, concebida la enseñanza en estos términos,

---

<sup>44</sup> El artículo 75 inc. 19 de la Constitución consagra específicamente como señalamos más arriba, la atribución del Congreso Nacional de aprobar los lineamientos básicos de organización y de base de la educación argentina en todos sus niveles educativos.

<sup>45</sup> El artículo 75 inc. 22 de la Constitución otorga «jerarquía constitucional» a una nómina compuesta actualmente por catorce de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos instrumentos se interpretan que forman parte del bloque de constitucionalidad federal (Bidart Campos, 1997; Scioscioli, 2015). El juez Rosatti da cuenta también del cambio operado a partir de la reforma constitucional de 1994 en el esquema de relaciones del Estado con la Iglesia Católica, al suprimir la pertenencia al culto católico para acceder a los cargos de presidente y vicepresidente, entre otras modificaciones operadas (como la supresión del juramento por los Santos Evangelios como exigencia para acceder a la Presidencia, la derogación de la cláusula que promovía la conversión de los indios al catolicismo, entre otras. La cita al artículo 75 inc. 19 también operará hacia el final del fallo para la mayoría de la Corte para reconocer que en el marco del federalismo argentino, mientras el Estado nacional fija el piso mínimo de respeto y garantía de los derechos al delinear «las bases de la educación», la provincia en ejercicio de su autonomía posee un cierto margen para introducir sus propias particularidades al sistema educativo local, siempre claro está, en la medida en que no se perfore el piso dispuesto por el derecho público federal (considerando 37 del voto de la mayoría). Este análisis es mucho más desarrollado en la opinión del juez Rosatti, quien seguramente por su mayor experticia en el derecho público provincial, no duda en reconocer a la provincia de Salta explícitamente y con fundamento en el artículo 5° de la Constitución Nacional –que reconoce la competencia de las provincias a darse sus propias normas fundamentales–, su carácter de «garante primario del derecho a la educación» y le confiere un «margen de apreciación provincial» que reconoce connatural al sistema federal y que le permitiría a la provincia la inclusión en los planes de estudios de contenidos vinculados con la jurisdicción propia. Este punto tendrá impacto, como veremos, en la justificación de su disidencia parcial (en el considerando 17 y subsiguientes del voto del juez Rosatti).

<sup>46</sup> Como contracara de este mismo derecho, rescata lo dispuesto en la Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos en tanto señala que «la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible [con el derecho de los padres citado] a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores».

<sup>47</sup> Véase el considerando 14 in fine del voto de la mayoría. El destacado es nuestro.

la provincia tiene un margen de actuación para, o bien incluir tales contenidos dentro del plan de estudios y en horario escolar, o bien prever la enseñanza sólo a quienes lo deseen fuera del horario de clase (lo que a su criterio representaría «un esfuerzo menor», es decir, una restricción menor de los derechos a la igualdad y no discriminación)<sup>48</sup>.

En suma, *la mayoría de la Corte entiende que el principio de neutralidad no implica que la escuela pública deba prescindir de la enseñanza religiosa como contenido del currículum escolar*. Esta conclusión le lleva a abrazar la cita a la jurisprudencia extranjera del caso «Lautsi c. Italia», resuelto definitivamente por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>49</sup>. En Lautsi, se afirma que «debe garantizarse la posibilidad de un pluralismo educativo que asegure que las informaciones y conocimientos que figuran en el plan de estudios se difundan de manera que los alumnos desarrollen un sentido crítico respecto del fenómeno religioso en una atmósfera serena preservada de todo proselitismo»<sup>50</sup>. En dicho fallo, el TEDH había resuelto que los crucifijos colocados en las aulas de clase de las escuelas públicas de Italia era compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos y que no contrariaban el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas ni la libertad de pensamiento, de conciencia y religión, rechazando asimismo el planteo de discriminación en razón de la condición de no creyentes de los demandantes<sup>51</sup>.

El ministro Rosatti, en su voto en disidencia parcial, coincide con el planteo de la mayoría, en admitir la enseñanza religiosa como «fenómeno socio-cultural» en el currículum escolar. Agrega que aquella contribuye a la promoción de diversos contenidos y valores en el marco de una «educación integral», tal como lo prevé la provincia. La considera además necesaria para que el alumno «construya su propia identidad y logre un desarrollo integral de su personalidad, lo que no ocurriría si se silenciaban los contenidos cognitivos religiosos parcializándose la comprensión de la realidad cultural circundante en el que se desenvuelve el sujeto»<sup>52</sup>. Este juez profundiza asimismo esta argumentación a partir de dos consideraciones. Por un lado, advierte que existe particularmente desde el lado del Estado un mayor deber argumental que permita justificar el interés y la necesidad (ya no sólo de los padres e hijos) de la introducción de tales contenidos en la formación de los niños. En este sentido, indaga con mayor detenimiento en el alcance de la obligación constitucional y convencional asumidas por el Estado en la materia<sup>53</sup>. Para ello, realiza una labor comparativa con las normativas extranjeras que reconocen mayormente la

---

<sup>48</sup> Véase el considerando 37 del voto de la mayoría.

<sup>49</sup> Sentencia Lautsi *et autres* c. Italie [GC], N ° 30814/06, CEDH, 18.3.2011. Recuperado el 2 de enero de 2018, de <http://www.echr.coe.int>.

<sup>50</sup> Sentencia Lautsi *et autres* c. Italie [GC], considerando 39.

<sup>51</sup> El fallo ha recibido importantes críticas por parte de juristas que consideran que el tribunal ha permitido un margen de apreciación demasiado amplio hacia el Estado italiano, con la posibilidad cierta de que se restrinjan intensivamente derechos humanos de una minoría de ciudadanos. Puede verse en tal sentido el trabajo de Zucca (2013).

<sup>52</sup> Véase el considerando 23 del voto del juez Rosatti.

<sup>53</sup> Véase los considerandos 11 y 12 de su voto.

admisibilidad de la educación religiosa en las escuelas públicas, si bien con diversos matices. Cita jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión que, según entiende, da cuenta de las limitaciones a la libertad religiosa que pueden surgir «derivadas de la necesidad de conciliar los intereses de diversos grupos y asegurar el respeto a las convicciones de todos»<sup>54</sup>.

Por el otro lado, la disidencia parcial también indaga la obligación que tiene la provincia. Se trataría de un «deber de instrumentación» a la luz de su propia Constitución local, de llevar adelante la enseñanza religiosa en la escuela pública, si bien le reconoce un «margen de apreciación provincial» sobre cómo esta decida implementarla. Así sostiene que la «elección salteña en materia de enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresa “un margen de apreciación provincial” que no confronta con el artículo 5° de la Constitución Nacional sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes»<sup>55</sup>. A partir de este argumento, entiende que la enseñanza religiosa conforma una «demanda facultativa» para los estudiantes. De ahí se deriva el carácter renunciabile del derecho a recibir educación religiosa, incluso aunque la materia integre el plan de estudios. Esto garantizaría incluso impedir la exigencia de su cursado obligatorio, la obtención de una calificación que incida sobre el promedio general y finalmente, «la obligación de la provincia de elaborar una alternativa que importe una ocupación productiva –cualquiera fuera el área académica– de los alumnos que no cursen la materia». Así concluye que la enseñanza de la religión «en modo alguno» reviste carácter obligatorio (aunque sea impartida dentro del horario de clase) y que «su contenido –materializado en los planes de estudio– debe avocarse a otorgar conocimientos de las creencias y valores junto a los hechos históricos más relevantes de los cultos reconocidos oficialmente y que respondan a las convicciones de los padres y/o tutores, con una pedagogía neutral y objetiva que

---

<sup>54</sup> En particular, refiere a los casos «Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen. c. Dinamarca» (de fecha 7/12/1976, RJA-TEDH 1976/5) y «Kokkinakis v. Grecia» (de fecha 25/5/1993, TEDH 20). En el primer caso, el tribunal desestimó el recurso planteado por unos padres que solicitaban por motivos religiosos y de conciencia, que sus hijos fueran eximidos del seguimiento de una asignatura obligatoria sobre educación sexual porque su contenido resultaba contrario a sus convicciones cristianas. El tribunal consideró que el artículo 2° del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos no facultaba a los padres para oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar ya que, de lo contrario, cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable. El segundo caso se refería a un matrimonio de «Testigos de Jehová» que, en una de sus visitas puerta a puerta, querían doctrinar a una señora –que los dejó pasar, y con quien debatieron e intentaron convencerla–. El marido, perteneciente a la Iglesia Ortodoxa formuló una denuncia a la policía, por lo que son detenidos, y el tribunal correccional termina condenándoles a multa y a cuatro meses de privación de libertad, sustituable por el pago de una cantidad de dinero. El tribunal europeo condenó al Estado griego pues entendió que la libertad religiosa del artículo 9° del Convenio Europeo incluye su faceta de libertad para transmitir creencias, convicciones, ideas u opiniones, comportando el derecho de intentar convencer al prójimo, si bien diferenciando entre el testimonio y el proselitismo religioso abusivo (este último no permitido y que no constaba de los hechos que hubiere ocurrido).

<sup>55</sup> Véase el considerando 18 de su voto.

valide la pluralidad y privilegie el respeto por la diferencia, sin requerir la adhesión personal del alumno sino su comprensión intelectual»<sup>56</sup>.

### 3.2.2. Sobre el principio de igualdad

El segundo núcleo duro de argumentación está conformado por las apreciaciones de la Corte sobre el principio de igualdad y de la intensidad del escrutinio con que debe ser controlada la constitucionalidad de las normas en cuestión. En tal sentido, la mayoría de la Corte distingue el derecho a la igualdad tanto en la «formulación de la ley» cuanto en la «aplicación de la ley». De este modo, realiza un desarrollo interesante basado en dos puntos clave. En el primero de ellos, reconoce que la igualdad debe ser interpretada no sólo desde el parámetro de la no discriminación fundado en el artículo 16 de la Constitución Nacional (evitándose cualquier trato discriminatorio por ley fundado en distinciones que carezcan de justificación objetiva y razonable). La igualdad debe también ser interpretada desde los principios de reconocimiento y no sometimiento, en los que se funda la noción de igualdad real, reconocida especialmente en el texto constitucional en el artículo 75 inc. 23<sup>57</sup>, y dirigida enfáticamente a la protección de grupos socialmente vulnerables víctimas de desigualdades estructurales. La Corte toma este andamiaje introductorio para remarcar claramente la insuficiencia del examen tradicional de igualdad como no discriminación ante una norma (la ley provincial educativa) aparentemente neutral, que si bien no contiene una desigualdad directa clara (en tanto no surgía la preferencia de ningún culto respecto de otro), su implementación conllevaba a una desigualdad fáctica intolerable. Concretamente reconoce que

hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia –que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad–, puede ocurrir, sin embargo, que *prima facie* la norma –aplicada en un contexto social– produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado<sup>58</sup>.

De este modo la Corte innova en un control de constitucionalidad respecto de normas y/o prácticas que si bien a primera vista aparentan ser neutras o inocuas (en tanto no contienen una *discriminación directa* fundada en una categoría sospechosa prohibida) sin embargo por sus «efectos discriminatorios encubiertos»<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Véase considerando 26 del voto del juez Rosatti.

<sup>57</sup> El citado inciso remarca la obligación del Congreso Nacional en la aprobación de normas «destinadas a promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

<sup>58</sup> Véase considerando 20 del voto mayoritario.

<sup>59</sup> Véase considerando 23 del voto de la mayoría.

o «desequilibrios fácticos»<sup>60</sup> *impactan desproporcionadamente* en perjuicio de los individuos o grupos religiosos minoritarios (o no creyentes). Esto se agrava frente a la preponderancia de la población que profesa el culto católico y las prácticas religiosas (rezos, bendiciones, etc) que en los hechos se llevan a cabo en la provincia. Este aspecto es rescatado especialmente por el juez Rosatti quien refiere a una «inconstitucionalidad fáctica» en la implementación de la enseñanza religiosa en Salta al dictarse casi exclusivamente el catecismo católico<sup>61</sup>.

Como consecuencia de este razonamiento, el segundo aspecto clave del fallo deriva en la exigencia que reconoce la Corte de llevar adelante un examen de la razonabilidad mucho más agravado: *el examen de escrutinio estricto*. Dicho examen supone una inversión de la presunción de la constitucionalidad de la norma (que supone una restricción) que se impugna: se presume la inconstitucionalidad y se traslada la carga de la prueba, de la argumentación y justificación, al Estado. Por lo tanto, a diferencia de un examen de razonabilidad leve, el punto de partida cambia, pues en este se parte de la presunción de constitucionalidad del acto estatal; no así en el supuesto de escrutinio estricto<sup>62</sup>. De este modo, la mayoría de la Corte entiende que corresponde también declarar la inconstitucionalidad del inciso «ñ» del artículo 27 de la ley de educación de Salta en tanto surgía claramente que dentro del sistema educativo público salteño

existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. La forma en como se ha venido implementando la «enseñanza religiosa» —durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas— ha generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario,

<sup>60</sup> Véase considerando 26 del voto de la mayoría.

<sup>61</sup> Véase considerando 30 del voto del juez Rosatti.

<sup>62</sup> En este sentido, la Corte entiende que se exige una justificación agravada: la presunción de inconstitucionalidad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar «razones suficientes», Así, en los casos anteriores donde la Corte hizo alusión al examen de escrutinio estricto (v.e. «Repetto» ya citado) sostuvo la necesidad de existencia de un «interés vital del Estado» o «un imperioso interés público» o «interés estatal urgente». La justificación de dicho fin sustancial deberá estar acompañada además de la demostración acerca de la imposibilidad de poder lograr el fomento del mismo fin a través de cualquier otro medio alternativo menos lesivo o restrictivo del derecho (puede verse en este sentido el considerando 19 del voto de la mayoría, en el que particularmente se cita la doctrina expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema en el caso «Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo. Reparaciones y Costas». Sentencia del 24 de febrero de 2012). La Corte Suprema desaprovechó a nuestro entender la posibilidad de poder hacer referencia a un caso de la Corte Interamericana mucho más pertinente en el tema de discriminación indirecta y/o encubierta como el caso «Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas», de fecha 28 de noviembre de 2012, y en donde claramente el tribunal interamericano refiere y analiza cómo las políticas tomadas por el Estado en cuestión habían tenido impactos diferenciados y desproporcionados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica de las parejas, aspectos relacionados con supuestos de discriminación indirecta que la Corte Interamericana dio por probados en el caso. Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de igualdad, puede verse, entre muchos otros: Aldao, Clerico y Ronconi (2017).

sin que la Provincia de Salta haya justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementa<sup>63</sup>.

Sobre este punto concreto, el juez Rosatti presenta una disidencia parcial. Comparte y reconoce la «manifiesta improcedencia de las conductas» y la «antijuridicidad de las prácticas». Sin embargo, entiende que «de ello no puede deducirse, sin más, la inconstitucionalidad» de la ley de educación de Salta, la que puede subsanarse de establecerse las condiciones necesarias para que alcance su plena vigencia conforme las conclusiones que expone en su voto<sup>64</sup>.

La última parte del voto de la mayoría vinculado con el control de constitucionalidad de las normas en juego se completa con la declaración de inconstitucionalidad de la disposición 45/09 emitida la Dirección General de Enseñanza Primaria y Educación Inicial. Como dijéramos esta norma establecía un modelo de formulario conforme al cual se les solicitaba a los padres o tutores de los alumnos que «concreten la opción sobre la participación o no de sus hijos o pupilos en las clases de religión, y la creencia en la que desearan fueran instruidos indicando en este último caso la religión»<sup>65</sup>. Para ello, el voto de la mayoría como la disidencia parcial hacen jugar en tándem el principio de privacidad con la libertad de cultos y de conciencia para concluir en la inconstitucionalidad de la disposición<sup>66</sup>. Particularmente, el voto de la mayoría también reitera su doctrina que se remonta al fallo «Ponzetti de Balbín»<sup>67</sup> para remarcar que la norma infraconstitucional violaba el derecho a la privacidad y a la intimidad tanto de los padres como de sus hijos previsto en el artículo 19 de la Constitución. La obligación de completar y entregar el formulario resultaba «claramente violatorio del derecho que tiene toda persona a no revelar un aspecto de su esfera personal –tales como los pensamientos o la adhesión o no a una religión o creencia–». Obligaba a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión autónoma y propia del individuo que queda exenta de cualquier interferencia del Estado<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Véase el considerando 26 del voto mayoritario.

<sup>64</sup> Véase los considerandos 33 y 34 del voto del juez Rosatti. Esta decisión que justifica su separación del voto de la mayoría, deriva también a nuestro entender del mayor reconocimiento que le otorga a la provincia para hacer uso de su «margen de apreciación» al regular la educación religiosa en sus escuelas públicas.

<sup>65</sup> El juez Rosatti resalta que de las audiencias públicas quedó plasmado que en el caso de que los padres no presentaban el formulario, el Ministerio de Educación provincial disponía que el alumno debía participar de la clase de educación religiosa.

<sup>66</sup> El voto de la mayoría retoma en este sentido como antecedente al caso «Portillo» (Fallos: 312: 496) y asocia el tema con la protección de datos personales (ley 25326) en tanto prevé que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar *datos sensibles* (Véase el considerando 29 del voto de la mayoría). Asimismo, Rosatti involucra no sólo al texto constitucional en su artículo 19 sino también el marco del derecho internacional de los derechos humanos, con cita a lo dispuesto en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos relacionada con el tema.

<sup>67</sup> V. CSJN, «Ponzetti de Balbín» (1984), Fallos: 306: 1892. También la Corte reproduce su cita de otro fallo más reciente: «D.,M.A. s/ declaración de incapacidad» (CSJ 376/2013 (49-D)/CS1, 2015).

<sup>68</sup> Véase el considerando 31 del voto de la mayoría.

#### 4. ¿Un eslabón en la cadena jurisprudencial o una nueva vertiente jurisprudencial?

La conjunción del análisis propuesto del *case law* de la Corte en materia de derecho a la educación junto con el presente fallo tiene por finalidad evaluar algunos aciertos y déficits que la jurisprudencia aún mantiene para con este derecho en su realización como derecho fundamental. De este punto debería decantar un argumento de relevancia a favor de la importancia de este trabajo: *la perspectiva desde la cual se aborde el conflicto en educación por parte de la Justicia es clave para poder cambiar las posiciones desde las cuales se atiende al reclamo y se reconoce su contenido como derecho humano fundamental.*

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia mantiene en parte la misma tendencia revisada en sus anteriores precedentes. Hace foco en el derecho a la educación mayormente como un «derecho civil y político» antes que como derecho social. De alguna manera esto se refuerza por el interés de la Corte en enfocarse en el caso a partir de una *afectación indirecta del derecho a la educación* (por la vía de afectación principalmente de otros derechos fundamentales, especialmente de los tradicional e indubitadamente incluidos como derechos civiles tales como la libertad religiosa, la privacidad y el derecho a la intimidad. Resulta llamativo que, como señaláramos, la Corte no hubiera aprovechado la oportunidad para realizar una conceptualización fuerte del derecho a la educación como derecho humano social más aún cuando desplegó en el fallo un contenido robusto de la manda de igualdad. Esto le hubiese permitido poner el énfasis en la multiplicidad de contenidos y obligaciones a cargo del Estado y que claramente van mucho más allá del estricto tema de la neutralidad. Incluso, este punto también admitiría ser trabajado desde otros contenidos que enfatizan otras facetas del derecho a la educación, tales como la obligación del Estado a que se brinden contenidos *aceptables*<sup>69</sup>, *adaptables*; a

---

<sup>69</sup> Nos referimos al término «aceptable» en el sentido propuesto por la Relatora Especial para el derecho a la educación Katerina Tomasevsky (2001), coincidente con lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala en este sentido que los Estados Partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1° del artículo 13, hacia el desarrollo de la personalidad humana, su dignidad y el respeto a los derechos humanos. También dicha Relatora ha sostenido en este orden de ideas que «desde la perspectiva de los derechos del niño, la obligación de hacer que la escuela primaria resulte aceptable va más allá de la libertad de elección de los padres o del idioma de la instrucción y presenta un gran número de problemas a todos los Estados. La escuela primaria ideal debe ser acogedora para los niños y basarse en su derecho a sentir curiosidad, hacer preguntas y recibir respuestas, discutir y expresar su desacuerdo, hacer pruebas y cometer errores, saber y no saber, crear y ser espontáneos, ser reconocidos y respetados. La enormidad de la tarea que esto supone contrasta con la realidad de las escuelas que pueden estar luchando con la falta de servicios de agua corriente y de saneamiento, con la incompatibilidad entre los horarios de la escuela y la vida familiar y comunitaria, o con la violencia contra los niños o entre ellos». Puede consultarse también en este sentido el Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 69. Los organismos internacionales también señalan que aunque no existe una definición única de «calidad», «la mayoría de los intentos de definirla recogen dos perspectivas fundamentales. En primer lugar, que el desarrollo cognitivo es un objetivo primordial de la educación, y que la eficacia de ésta se mide por su éxito en lograr ese objetivo. En

través de programas, métodos de enseñanza y medios adecuados o pertinentes, de calidad y aptos culturalmente, y dentro asimismo de un marco de calidad del entorno de aprendizaje (no hostil, seguro y saludable), que permita al estudiante acceder al conocimiento suficiente para desarrollar plenamente su autonomía y sus capacidades personales en la sociedad en la que se desenvuelve. Todo este desarrollo no es superfluo ni estaba fuera del marco conceptual que la Corte pudo utilizar y no lo hizo.

A su vez, y como señaláramos ya más arriba, el voto de la mayoría insistió en referirse al «derecho de enseñar y aprender» en vez de su equivalente moderno fundado en el «derecho a la educación»<sup>70</sup>, expresión utilizada actualmente en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>71</sup>. Insistimos que esta cuestión no refiere a un tema de mera retórica. De cara a las obligaciones a cargo del Estado, consideramos que la falta de una adecuada conceptualización conspira también contra la posibilidad única que tiene la Corte como máximo tribunal de justicia del país de poder precisar en el marco de la exigibilidad algunos de los contenidos básicos del derecho involucrado, tales como el tema de la *gratuidad* o la *calidad de los contenidos educativos del currículum escolar*, y que sin duda también estaban fuertemente relacionados con el caso y que no han sido objeto de mayor desarrollo. Todo esto suena como a una oportunidad perdida, especialmente cuando la cadena del *case law* está compuesta en su mayor parte de fallos «clásicos» por casos que obedecen a una jurisprudencia incluso previa a la reforma constitucional de 1994.

Otro aspecto, que sin duda merecería un análisis más detallado y que excedería el presente trabajo, consistiría en reflexionar sobre *si la Corte no ha demostrado en el caso demasiado respeto al derecho de los padres* (en tanto ello resultaba funcional para mantener la potestad de la provincia a brindar enseñanza religiosa) y

---

segundo lugar, que la educación debe promover el desarrollo creativo y psicológico, respaldando los objetivos de la paz, la ciudadanía y la seguridad, fomentando la igualdad y transmitiendo los valores culturales mundiales y locales a las generaciones futuras» (UNICEF-UNESCO, 2008).

<sup>70</sup> De este modo también se entiende la razón por la cual, la fundamentación constitucional principal giró en torno al artículo 14 antes que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

<sup>71</sup> Bajo el paradigma del constitucionalismo clásico de la Constitución histórica, la norma del artículo 14 hacía referencia a la existencia de una «libertad» de enseñar y aprender antes bien que a un «derecho», puesto que este reconocimiento constitucional constituía ante todo la liberación de las trabas impuestas a su ejercicio por parte del Estado o el poder político. El hecho que históricamente se pusiera mayor acento en el derecho de enseñar antes que aprender estaba vinculado con el derecho individual traducido (mayormente) en el ejercicio de una profesión u oficio, es decir, en el derecho de trabajar y «ejercer toda industria lícita» (Bravo, 1988). Salvo en el considerando 9º en donde el voto mayoritario establece la cuestión o problema del caso, no se vuelve en ningún otro párrafo a enmarcarse la educación como «derecho a la educación». Por el contrario, la semántica cambia en la disidencia parcial del juez Rosatti, en el considerando 11 de su voto, quien refiere mayormente en su análisis a un «derecho a la educación» e introduce, si bien de manera escueta, al menos una breve caracterización de las «pretensiones por parte del educando»: a) acceder al sistema educativo; b) obtener la información que en él se otorga; c) elegir el método de aprendizaje, dentro de los aprobados o permitidos por la ley y ofrecidos por el sistema educativo; d) procesar los contenidos y la información con sentido crítico; e) no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje; y f) obtener la graduación luego de haber satisfecho los requisitos que la reglamentación determine.

*muy poco, o al menos no lo suficientemente ponderado, al derecho a la educación y al desarrollo autónomo de los/as niños/as.* Estos últimos derechos desde nuestra perspectiva constituían el punto primordial de este análisis por hacer referencia directa al verdadero sujeto titular del derecho (quien recibe o no la educación religiosa y sus consecuencias). Es posible sostener que no resulta sencillo conciliar las tensiones que devienen de los intereses de los padres y de los niños en relación con este punto, si bien existe una fuerte base de argumentación desde la academia que privilegia la autonomía de los niños (Gutmann, 1988; Nino, 1992). Si asumimos que el Estado no es neutro en la transmisión de determinados valores –por ejemplo, los democráticos, de igualdad y autonomía e inclinándose por ende por un carácter «laico» de la enseñanza pública– también no puede desconocerse el legítimo interés o deseo de los padres de querer para sus hijos una enseñanza que asuma determinados valores. Sin embargo, como señala nuevamente Gutmann (2001) en su teoría para una educación democrática, es posible admitir la dificultad de decidir sobre los casos difíciles e incluso defender la educación democrática frente a la educación sectaria. En este sentido deberá fijarse en cada supuesto que las creencias religiosas o sus prácticas no impidan el cumplimiento de los propósitos expuestos de una educación en y para la democracia, y que no se incurra injustificadamente en ningún tipo de represión religiosa que socave las bases del respeto y convivencia.

El fallo contiene no obstante algunos aciertos que merecen ser igualmente destacados. Aunque no avanza demasiado en términos del contenido del derecho, no es desdeñable que la Corte Suprema demuestre cierto interés en la educación como derecho constitucional y se haya animado a superar –solo en parte– la línea jurisprudencial revisada y que devela una visión muy restringida del derecho a la educación, entendida mayormente desde el mero acceso al ingreso del sistema educativo formal. En este sentido, es destacable que la Corte no se haya limitado simplemente a ratificar el fallo del tribunal superior salteño ya que con ello hubiera renunciado a todo examen de constitucionalidad sobre el piso mínimo de contenidos que el derecho a la educación supone (por lo menos en términos de neutralidad religiosa).

Además, la Corte consolida aquí su línea jurisprudencial vinculada con el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva. En este sentido, el reconocimiento de que la afectación recaía sobre una pluralidad de individuos –afectados por una misma causa o hecho común–, permitió que la solución contribuyera a darle mayor fuerza al derecho para el aseguramiento de las posiciones jurídicas comprometidas para todos, en particular frente a supuestos que como en el presente, se hace patente la existencia de una desigualdad estructural que afecta a una comunidad de personas o grupos y ante graves situaciones que requieren de una amplia protección especial. El reconocimiento de la incidencia colectiva para quienes se ubican en estos sectores de la población facilita la interposición del reclamo como grupo afectado y les permite reivindicar su problema desde una posición más equitativa frente al resto de la sociedad de cara a la cual se encuentran más vulnerables y necesitados de una protección especial (en el sentido que marca la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 23). En este orden de ideas, el fallo se aparta de la línea tradicional del *case law* que remarca que casi la totalidad de los casos relevados en materia educativa se presentan usualmente como litigios

particulares y con un alcance y efectos restringidos sólo a la situación o problema que se debate en dicha causa. Esto constituye un avance de sumo interés, puesto que el derecho individual puede no reflejar adecuadamente por sí solo la dimensión de la afectación ni el tamaño de la solución que el Estado debe procurar. Máxime cuando paralelamente esa visión individual del derecho se ha asentado gran parte sobre una faceta de derecho de defensa o no intervención, y que disminuye muchas veces el foco sobre la afectación estructural del grupo identificable como merecedor de un tratamiento especial.

Finalmente, la Corte parece estar dispuesta de aquí en más a tener una «sensibilidad mayor» en el modo en que llevará adelante su control de constitucionalidad, al menos y en particular, cuando esté frente a normas o prácticas que se presenten como en este caso, «neutrales en su literalidad», pero que al analizar los efectos de su aplicación, generen situaciones de *desigualdad indirectas o encubiertas*, provocando un impacto discriminatorio infundado a personas o grupos minoritarios o que se encuentren en una posición de desigualdad estructural. El reconocimiento de una igualdad real o fáctica que aparece explícitamente desarrollada en este análisis podría dar cuenta de una Justicia que comienza a reconocer su «miopía social» y la necesidad de atender a la práctica jurisdiccional no desde el estudio de la mera normatividad sino también prestando especial atención al contexto político, económico o social en que se presentan los reclamos judiciales y se juega la satisfacción de contenidos básicos de los derechos humanos tal como pone de manifiesto el diagnóstico del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional al hablar de la desigualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos de los colectivos allí identificados. La adopción del examen agravado de escrutinio estricto que corre la carga de la prueba al Estado, contribuye ampliamente a visibilizar y desarticular aquellas normas y actos que perpetúan este tipo de discriminaciones y que conspiran contra un mayor reconocimiento y exigibilidad de los derechos de los grupos más vulnerables en un Estado social de Derecho.

## 5. Referencias

- Abramovich, C. *et al.* (1988). Entrevista a Enrique Petracchi: «La Democracia y El Poder Judicial». *Lecciones y Ensayos*, 301-308.
- Aldao, M., Clerico, L., & Ronconi, L. (2017). A multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context. In Von Bogdandy, A., Mac-Gregor, E., Antoniazzi, M., & Piovesan, F. (Eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press.
- Benedetti, M., & Saenz, J. (2016). *Las audiencias públicas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Alcances y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bravo, H. F. (1988). *Bases constitucionales de la educación argentina*. Buenos Aires: Eudeba.
- Campos, G. B. (1997). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.

- Clerico, L., Scioscioli, S., & Cardinaux, N. (2010). Los contornos de la autonomía universitaria delineados por los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In Ruiz, G., & Cardinaux, N. (Eds.), *La autonomía universitaria: definiciones normativas y jurisprudenciales en clave histórica y actual*. Buenos Aires: La Ley - Facultad de Derecho, UBA.
- Gutmann, A. (1988). Children, Paternalism and Education. *Philosophy and Public Affaire*, 9(4).
- Gutmann, A. (2001). *La educación democrática. Una teoría política de la educación*. Barcelona: Paidós.
- Kleining, J. (1981). Compulsory schooling. *Journal of Philosophy of Education*, 15(2), 191-203.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nussbaum, M. (2009). *Libertad de conciencia*. Barcelona: Turquest.
- Ronconi, L. (2018). *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz, G., & Cardinaux, N. (2010). *La autonomía universitaria. Definiciones normativas y jurisprudenciales en clave histórica y actual*. Buenos Aires: La Ley - Facultad de Derecho, UBA.
- Scioscioli, S. (2015). *La educación básica como derecho humano fundamental. Implicancias en el contexto de un Estado Federal*. Buenos Aires: Eudeba.
- Tomasevsky, K. (2001). *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Gothenburg: Novum Grafiska AB.
- UNICEF-UNESCO. (2008). *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos*. Nueva York: UNICEF.
- Zucca, L. (2013). Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber. *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 218-229.