



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

EL MÉTODO *HOMESCHOOLING* - EDUCACIÓN EN CASA - EN  
ARGENTINA: MARCO JURÍDICO Y LEGAL

PAULA DAIANA LUQUE

ABOGACÍA

AÑO: 2019

## RESUMEN

El mundo contemporáneo está inmerso en una constante evolución social y Argentina no está exenta, es parte de esos continuos y profundos cambios. En diversos ámbitos se puede notar esta tendencia evolutiva y la educación constituye un claro ejemplo de ello. La educación argentina se ha visto influenciada por el movimiento *Homeschooling*, locución que puede ser entendida como educación en casa. El trabajo investigativo que se llevará a cabo suplirá una carencia de conocimiento que la sociedad argentina reclama desde hace algunos años y cada vez con más ahínco.

A través de la investigación que se desplegará se podrá establecer con precisión el status jurídico del método de educación cuestionado, estableciendo su legalidad o ilegalidad. Si se concluye que el mismo es legal los *homeschoolers* podrán seguir implementando este método de educación libremente; por el contrario si se establece que es ilegal la comunidad educativa tendrá en sus manos una poderosa herramienta para llevar a los padres y/o tutores de los menores desescolarizados a los estrados judiciales con el fin de volver a insertarlos en el ámbito escolar.

**PALABRAS CLAVES:** *Homeschooling* - Educación en casa - Vacío legal - Derecho a la educación - Función garantista del Estado - Deberes paternos.

## **ABSTRACT**

The contemporary world is immersed in a constant social evolution and Argentina is not exempt, it is part of those continuous and profound changes. In several areas you can notice this evolutionary trend and education is a clear example of this. Argentine education has been influenced by the Homeschooling movement, a phrase that can be understood as education at home. The investigative work that will be carried out will supply a lack of knowledge that the Argentine society has been demanding for some years and with increasing zeal.

Through the research that will be deployed, the legal status of the questioned education method can be established with precision, establishing its legality or illegality. If it is concluded that it is legal, the homeschoolers will be able to continue implementing this method of education freely; on the contrary, if it is established that it is illegal, the educational community will have in its hands a powerful tool to take the parents and / or tutors of the children out of school to the judicial courts in order to reinsert them into the school environment.

**KEY WORDS:** Homeschooling - Education at home - Legal vacuum - Education rights - State guarantee function - Paternal duties.

## ÍNDICE TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1 EDUCACIÓN: UN DERECHO CON RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL.....	5
Introducción .....	5
1.1 Marco Constitucional.....	7
1.1.1 Derecho a la educación en la Constitución de la Nación Argentina .....	7
1.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos .....	8
1.1.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre .....	9
1.1.4 Convención de los Derechos del Niño.....	10
1.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	11
1.2 Derecho Comparado .....	12
Conclusión parcial.....	14
CAPITULO 2 ESCOLARIDAD ARGENTINA .....	16
Introducción .....	16
2.1 Evolución histórica del derecho a la educación .....	16
2.2 Ley 1.420 de Educación Común .....	18

2.3 Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente .....	21
2.4 Ley 26.206 de Educación Nacional .....	23
2.5 Titularidad del derecho a la educación .....	25
Conclusión parcial.....	27
<b>CAPÍTULO 3 ESTADO Y FAMILIA: DEBERES COMPLEMENTARIOS .....</b>	<b>29</b>
Introducción .....	29
3.1 Función garantista del Estado .....	30
3.1.1 Interpretación doctrinaria .....	30
3.1.2 Jurisprudencia.....	33
3.2 Deberes paternos contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación .....	36
Conclusión parcial.....	39
<b>CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	<b>41</b>
<b>LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>43</b>
1.1. Doctrina.....	43
1.2. Legislación .....	46
1.3 Jurisprudencia.....	47

## INTRODUCCIÓN

El *Homeschooling* es un método de educación que surgió en Estados Unidos, el mismo consiste en prácticas generalizadas de padres que brindan educación a sus hijos fuera del ámbito escolar. Este fenómeno se extendió a gran parte del mundo generando diversas reacciones sociales a favor y en contra de dichas prácticas. A nivel jurídico también generó controversias, ya que no en todos los Estados existe regulación al respecto. En Argentina el *Homeschooling* es practicado por diversas familias que esgrimen como fundamento la falta de prohibición en la Constitución de la Nación. A partir de esta realidad que acontece en el país surge el siguiente problema jurídico: ¿existe vacío legal sobre el método *Homeschooling* - educación en casa - en el ordenamiento jurídico argentino? El abordaje de esta problemática permitirá realizar un aporte al Derecho supliendo una carencia de conocimiento actual y brindando una respuesta precisa sobre la legalidad o ilegalidad de las prácticas.

A los fines de dar respuesta al problema jurídico planteado se realizará un análisis integral del ordenamiento jurídico argentino, abordando instrumentos internacionales, la propia Constitución Nacional, leyes orgánicas, diversas posturas doctrinarias y aportes jurisprudenciales. Se examinará un supuesto de inconstitucionalidad que se plantea a partir de la existencia de leyes inferiores que contemplan a la escolarización como obligatoria frente a la falta de prohibición expresa por parte de la Constitución. Se compararan las funciones garantistas del Estado en relación al derecho en cuestión y los deberes impuestos a los progenitores en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La hipótesis a verificar en el trabajo es la inexistencia de vacío legal en el ordenamiento jurídico argentino en relación al *Homeschooling*, por estar la educación domiciliar prevista en la Ley 26.206 como una modalidad excepcional que deberá ser utilizada en aquellos casos que por motivo de salud el menor no pueda asistir a una institución escolar. De esta manera, la escolarización es el único método establecido y permitido por el legislador para cumplir con el derecho-deber de la educación quedando el *Homeschooling* excluido por la anterior obligación legal.

El desarrollo del trabajo estará compuesto por tres capítulos, el primero contendrá cuestiones preliminares de índole introductoria en donde se abordará el instituto del vacío legal desde diversas posturas doctrinarias y se analizarán las soluciones que se han desarrollado para esta deficiencia. Se abordará el derecho a la educación contenido en el artículo 14 de la Constitución Nación, como así también desde los diversos instrumentos internacionales de raigambre constitucional; con el aporte de cada uno de ellos se conformará una visión integral del derecho en estudio. Por último, se recurrirá al Derecho Comparado con la finalidad de conocer la regulación del *Homeschooling* en otros ordenamientos jurídicos. En el capítulo dos se explorarán las diversas leyes orgánicas que han regulado el derecho en cuestión. Al mismo tiempo, se indagará sobre la titularidad del mismo y se tratará de establecer si corresponde a los menores en edad escolar o si se trata de derechos paternos. El capítulo tres incluirá un análisis comparativo entre las funciones del Estado como obligado a garantizar el derecho a la educación y los deberes paternos contenidos en el Código Civil y Comercial. Se expondrá y desarrollará un fallo jurisprudencial dictado en Argentina en relación al fenómeno bajo análisis.

En la etapa final del trabajo se elaboraran las conclusiones a las que se arribe luego del tratamiento pormenorizado de la cuestión y se estará en condiciones de afirmar el status jurídico del *Homeschooling*.

Luego de una revisión exhaustiva de la literatura argentina referida al fenómeno del *Homeschooling* se puede concluir en que éste es relativamente desconocido como así también que se dispone de poca información acerca de su legalidad o ilegalidad. Este motivo lleva a que la investigación a realizar sea de tipo exploratoria, ya que según Hernández Sampieri (2014) este tipo de investigación está destinada, entre otros, a abordar problemas poco estudiados que conllevan en sí mismos incertidumbre.

Para desarrollar adecuadamente el proceso investigativo, sin perder de vista los objetivos planteados y llegar al fin propuesto se seguirá el método cualitativo que se emplea para recolectar y analizar datos. La estrategia permitirá explorar el estado del arte referido al fenómeno, comparar lo que acontece en diferentes ordenamientos jurídicos, exponer la regulación, doctrina y jurisprudencia sobre el mismo. De esta manera se logrará conocer en profundidad la practica en estudio (Hernández Sampieri, 2014). A lo largo de la búsqueda exploratoria que se realizará, se utilizaran diversas fuentes de información. En este punto se seguirá la obra de Yuni y Urbano (2014, Vol. 1).

Para desarrollar debidamente la metodología cualitativa conviene utilizar la técnica de análisis documental que consiste en analizar, comprender e interpretar los datos obtenidos de las diversas fuentes de información y de esa manera generar conocimiento (Hernández Sampieri, 2014). La investigación doctrinal y jurisprudencial tomará como punto de partida el año 1970, ya que a partir de allí comienza a cobrar relevancia el



fenómeno en estudio. En cuanto al análisis legislativo, se realizará una ampliación de la delimitación temporal, ya que se consideraran ordenamientos legales referidos a educación en su conjunto. Los niveles jurídicos bajo estudio, es decir legislación, doctrina y jurisprudencia, serán explorados y estudiados desde el ámbito local, como así también desde el derecho comparado.

# CAPITULO 1 EDUCACIÓN: UN DERECHO CON RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL

## Introducción

El trabajo comenzará con un análisis pormenorizado del instituto del vacío legal, debido a que la comunidad *homeschooler* se abraza fervientemente a esta flaqueza del derecho para respaldar sus prácticas. Por ello, en primer lugar es necesario saber con seguridad qué es un vacío legal para reconocer cuándo se está en presencia de uno. Mouchet, C. y Zorraquín Becú, R. (1996) enseñan que el vacío legal se presenta cuando no existe una norma jurídica que contenga una solución para un problema concreto, ello se debe a la infinidad de situaciones conflictivas que se pueden presentar en el mundo de los hechos y que no pueden ser previstas en su totalidad por el legislador pese a todos los esfuerzos posibles. Según los autores el método utilizado para suplir esta imprevisión normativa toma el nombre de integración del Derecho y consiste en crear una norma que contemple una solución para el caso concreto y para otros de similares características, es decir que la laguna legislativa será superada con la nueva norma.

Como veremos a continuación en la Constitución de la Nación Argentina (CN) el derecho a la educación está contemplado de manera expresa, no así las modalidades de la educación que son legisladas a través de las leyes reglamentarias por la derivación que en la propia Constitución se establece, por ende se infiere que no es posible hacer alusión a ningún vacío legal porque para esta problemática que tiene como centro el derecho fundamental a la educación sí existen leyes.

Por lo expuesto en el último párrafo es necesario analizar otro problema que se puede presentar a la hora de aplicar el Derecho: la ambigüedad de una norma. Ello supone, que la formulación normativa no aporta certeza admitiendo la adopción de más de una solución, que además tienen la característica de ser incompatibles (Alchourrón, C., y Bulygin, E., 1987). Ante la presencia de este tipo de normas es necesario una tarea intelectual y técnica por parte de quien debe solucionar la controversia para desentrañar el verdadero significado de las mismas. Con ello se hace referencia a la interpretación del Derecho, pudiendo el juzgador realizar un análisis gramatical de la norma oscura, investigar el espíritu de ésta o remontarse a los antecedentes históricos, a la realidad social o a las necesidades colectivas imperantes al tiempo de su creación (Mouchet, C. y Zorraquín Becú, R., 1996)

De acuerdo con Torré, A. (2003) estas dos categorías de aplicación del Derecho no son tajantes ni se excluyen la una a la otra, ya que la integración supone una interpretación armónica e integral de todo el ordenamiento jurídico a los fines de llenar la laguna. De todas maneras se establece desde estas primeras aproximaciones que no corresponde hablar de vacío legal porque técnicamente no hay ausencia de regulación, por lo que de aquí en adelante se asume esta postura y se tratará de hacer inteligibles las normas que regulan la cuestión.

Seguidamente, se realizará un análisis del art. 14 de la CN con el fin de conocer acabadamente su contenido y establecer si existe vacío legal o si por el contrario se trata de una norma ambigua que precisa de una interpretación doctrinal. Además, se tratará de establecer el significado del derecho a la educación desde diversos instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad argentino por imperio del

art. 75 inc. 22 de la CN (1994)<sup>1</sup>. Se estudiarán declaraciones, convenciones y pactos internacionales tratando de desentrañar si alguno de ellos contiene la obligación de escolarización. Se analizará si el ordenamiento jurídico argentino interno es compatible con las disposiciones de orden internacional. Por último, se recurrirá al Derecho Comparado estudiando el marco regulatorio español, en lo referente al derecho a la educación, como así también opiniones doctrinales sobre el fenómeno en investigación.

## **1.1 Marco Constitucional**

### **1.1.1 Derecho a la educación en la Constitución de la Nación Argentina**

El art. 14<sup>2</sup> de la CN expresa que el derecho a enseñar y aprender corresponde a todos los habitantes de la Nación e indica que su ejercicio está sujeto a las leyes reglamentarias. Aquí no hay vacío legal, simplemente hay una derivación y una libertad conferida al legislador para que éste disponga el sistema educativo que regirá para todos. Como se expresó anteriormente los *homeschoolers* alegan la falta de prohibición constitucional del *Homeschooling*, sin embargo la CN no contempla las distintas modalidades educativas dentro de las cuales se puede encontrar el fenómeno en cuestión. Por todo ello, se concluye que en la CN no hay vacío legal sobre la educación en casa, podrá haberlo en el ordenamiento jurídico inferior y más concretamente en la Ley de Educación Nacional que se desarrollará seguidamente.

---

<sup>1</sup> Art. 75 Inc. 22 Constitución de la Nación Argentina 1994.

<sup>2</sup> Art. 14 de la Constitución de la Nación Argentina.

### 1.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos

El análisis convencional comenzará por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que en su art. 26<sup>3</sup> contempla que toda persona tiene derecho a la educación y postula que la instrucción elemental es obligatoria y gratuita. Corresponde entonces descubrir el significado de la instrucción elemental. Para ello se recurrirá al análisis que efectúa la UNESCO (2018), de manera sencilla y contundente expresa que el derecho a la educación implica la instrucción primaria gratuita, obligatoria y universal. Además incluye reiteradamente el término escolarización para explicar el contenido y extensión del art. 26 del instrumento internacional.

El inc. 3 del art. bajo análisis establece que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación para sus hijos. Por su parte el art. 30<sup>4</sup> indica que ningún postulado de la Declaración puede interpretarse en el sentido de que confiere al Estado o a un particular desarrollar actividades tendientes a la supresión de algún derecho, con lo cual se puede señalar que el inc. 3 del art. 26 no confiere un derecho absoluto a los padres sobre la elección del tipo de educación que recibirán sus hijos, sino que se encuentran limitados por las opciones legales existentes (Alcoberro, R., s.f.).

Se puede concluir diciendo que este instrumento impone la instrucción elemental como obligatoria pero no incluye ninguna disposición en referencia al desarrollo a través de la escolarización, por lo que este primer documento analizado es de interpretación amplia y permitiría la implementación del método *Homeschooling* si el Estado Parte decidiera hacer uso del mismo. El interrogante que se plantea es qué sucede si el Estado garantiza el derecho a la educación que proclama la Declaración pero lo hace mediante la

---

<sup>3</sup> Art. 26 Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.

<sup>4</sup> Art. 30 Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.

escolarización. Esta opción es totalmente válida ya que el derecho humano aquí tratado no está siendo violado o suprimido, solo se está haciendo uso de la libertad de acción de cada Estado. El orden internacional presenta múltiples opciones posibles para la concreción del derecho y el Estado particular elige libremente y de manera consciente una de ellas que permite realizar el mismo.

### **1.1.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)<sup>5</sup> es un instrumento jurídico internacional de suma importancia por diversas notas particulares, entre ellas se puede mencionar el carácter vinculante para los miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de la cual Argentina es parte integrante; el ámbito de aplicación del mismo, por estar dedicado a regular derechos y deberes del hombre americano; y por último el hecho de identificar a los sujetos de la misma como portadores de deberes, entre ellos el de instrucción.

El instrumento regula el derecho a la educación a través del art. 12, mientras que el art. 31 impone el deber de instrucción a todas las personas. Esta incorporación es significativa, ya que la instrucción adquiere la categoría de derecho-deber que se le ha asignado en diferentes partes del trabajo.

Nuevamente se está en presencia de un instrumento internacional que despliega una nómina de derechos fundamentales que los Estados suscribientes deben respetar y garantizar. Uno de ellos es el derecho-deber de instrucción, sin embargo el documento no incorpora disposiciones referidas a qué herramienta deberá utilizar cada Estado para desarrollarlo, por lo que es válido inferir que este documento permite el *Homeschooling*

---

<sup>5</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

como método de educación, no obstante es lícita la elección que haga un Estado por la escolarización y la consecuente exclusión de la educación en casa.

#### **1.1.4 Convención de los Derechos del Niño**

La Convención de los Derechos del Niño (1989)<sup>6</sup> se caracteriza por la obligatoriedad de cumplimiento por parte de los Estados adherentes y porque éstos deben argumentar su cumplimiento o incumplimiento mediante informes periódicos al Comité de los Derechos del Niño. El carácter obligatorio surge de la armonización de la legislación nacional con el tratado que debe lograr cada Estado. No solo incluye obligaciones para los gobiernos sino también para otros particulares, entre ellos los padres (UNICEF, s.f.).

A partir de este documento el niño comienza a ser respetado como un sujeto de derechos, con personalidad propia, por lo que deja ser visto como propiedad de sus padres. No obstante, el documento reconoce a la familia como el agente natural de protección y como el ámbito de desarrollo integral del niño, incluso los Estados deben prestar auxilio a éstas para que cumplan su cometido.

El art. 28 de la Convención reconoce el derecho a la educación imponiendo a los Estados Partes los deberes de implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos y de adoptar las medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas. El análisis de este instrumento internacional es enriquecedor para el trabajo, ya que en el mismo aparece de manera precisa y clara cuál es la herramienta que deberán utilizar los Estados para dar cumplimiento a sus obligaciones: la escuela.

---

<sup>6</sup> Convención de los Derechos del Niño 1989.

### **1.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)<sup>7</sup> también instaura la obligatoriedad de la enseñanza primaria tal como surge de su art. 13, el inc. 3 del mismo es fundamental, ya que establece el respeto a la libertad de los padres de elegir para sus hijos/representados escuelas distintas a las que ofrece el Estado, empero éste deberá aprobarlo según las normas mínimas en materia de enseñanza. Una correcta interpretación del inciso permite inferir que la libertad dispensada en favor de los padres es sobre la elección de una escuela, no corresponde deducir que éstos pueden impartir la enseñanza en el hogar.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió dos Observaciones Generales relacionadas al derecho en cuestión, una de ellas la N° 11<sup>8</sup> denominada planes de acción para la enseñanza primaria que explica el significado de la obligatoriedad de la instrucción exponiendo que ni los padres, ni los tutores, ni el Estado tienen derecho a tratar como optativa la decisión referida al acceso a la enseñanza primaria de los menores, sin embargo aclara que la obligatoriedad solo se puede justificar en los casos en los que la educación ofrecida es de calidad adecuada, pertinente para el niño y si promueve la realización de otros derechos de éste. La Observación General N° 13<sup>9</sup> enuncia que el principal objetivo de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana y que no deben confundirse los términos educación básica con enseñanza primaria, siendo esa última el componente más importante de la primera. Por otra parte, impone un límite a

---

<sup>7</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966.

<sup>8</sup> Observación General N° 11 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1999.

<sup>9</sup> Observación General N° 13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1999.



la libertad de enseñanza de los padres que queda reducida a escoger entre escuelas públicas o privadas.

## **1.2 Derecho Comparado**

El tratamiento del derecho a la educación en la CN es demasiado escueto y a su vez la doctrina nacional no lo ha desarrollado de manera pormenorizada por lo que se recurrirá, en esta parte del trabajo, a una metodología de análisis jurídico: Derecho Comparado, con la finalidad de enriquecer la exposición y obtener una visión integral del mismo. Se ha decidido incorporar legislación y doctrina española debido a las similitudes entre dicho ordenamiento jurídico y el argentino.

El art. 27<sup>10</sup> de la Constitución Española (en adelante CE) es más exhaustivo en su redacción aunque no por ello más específico. El mismo postula en el primer inciso que todos tienen derecho a la educación y que se reconoce la libertad de enseñanza, el cuarto inciso es quizá el más controvertido ya que indica que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita centrando las bases del sistema educativo aunque no de manera completa, por lo que tampoco corresponde referirse a un vacío legal por no contemplar las modalidades como sí lo hace la Ley Orgánica de Educación (LOE).

Se puede inferir entonces que la CE impone la educación obligatoria pero de ninguna manera cierra el modelo educativo, por lo que el legislador cuenta con amplias facultades para disponer las modalidades. Vicente Llorent Bedmar (2004) realiza una dura crítica contra la regulación española, ya que entiende que imponer la escolarización obligatoria implica la asistencia regular a una escuela, con el correlativo deber de los padres de matricular a sus hijos en un centro escolar, restringiendo de esta manera la libertad de

---

<sup>10</sup> Art. 27 de la Constitución Española.

elección. Sin embargo, no debe perderse de vista que posturas doctrinarias como ésta son críticas al sistema legal que no deben confundirse con fundamentos para amparar un vacío legal.

El autor pretende exponer que no surge de instrumentos fundamentales como la CE o el Código Civil (CC) que la escolarización sea el único medio para cumplir con dicho precepto, resultando falaz el argumento porque no realiza un análisis íntegro del marco normativo español que se completa con la revisión de las leyes orgánicas. Esta visión parcelada del ordenamiento es la que defienden los *homeschoolers* esgrimiendo además que educación básica y escolarización no significan lo mismo. Claramente no son sinónimos, además, surgen de instrumentos legales diferentes, la educación básica es impuesta por la CE y la escolarización surge de la regulación de la LOE. Esta ley viene a completar y cerrar la sucinta disposición constitucional no por ello contrariándola, es notable que respeta el mandato del art. 27 de la CE y aprovechando la libertad conferida, el legislador elige que la instrucción sea impartida en centros escolares, podría haber elegido otra opción o incluso legislar más de una de ellas de manera alternativa, pero escogió el instrumento de la escuela para hacerlo (López Sánchez, C., 2013).

Un análisis armonioso e íntegro de la CE, el CC y la LOE permite inferir que la educación no es sólo un derecho sino que debe ser comprendida como un derecho-deber por existir una obligación positiva de escolarización. El legislador regula la educación como obligatoria, gratuita y además, designa como herramienta imprescindible para lograr la instrucción a la escuela. Este fundamento es expuesto por Rafael Caballero Sánchez (Belando, Berrocal, Briones, Bujalance, Caballero, Canalda, Escrivá, López-Sidro, López, Llano, Martí, Martín-Retortillo, Moreno, Sanchez, Rodriguez, Ruano, Ruiz de Termino y Valero, 2014) quien hace uso de un argumento sentenciado por el Tribunal Constitucional

para reforzar su postura, enseñando que en una sentencia de éste la cuestión queda soslayada por no admitir el ordenamiento español el *Homeschooling* como una opción legal.

### **Conclusión parcial**

Las nociones introductorias antes referidas son fundamentales para comprender conceptos básicos y saber diferenciarlos. Es posible concluir que un vacío legal es la ausencia de regulación que se suple mediante la integración del Derecho, mientras que una norma oscura se soluciona por medio de la interpretación.

La CN se limita a contener el derecho a la educación sin desarrollar las modalidades específicas, derivando esa tarea al legislador ordinario. Éste, por su parte, decide implementar la escolarización obligatoria como método para lograr la instrucción de los menores. No existe vacío legal sobre el *Homeschooling*, ya que se encuentra prohibido por la obligación legal expresa de asistir a un centro educativo. Es importante destacar que la CN no prohíbe el *Homeschooling* por lo que si se impulsara una reforma educativa que contenga dicha modalidad y tiene recepción en el Congreso de la Nación éste sería válido y legal.

Se ha llegado a la conclusión que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no imponen la escolarización de manera obligatoria, simplemente enuncian los derechos humanos que deben respetar y garantizar los Estados Parte. Cada gobierno decidirá libremente las herramientas que utilizará para cumplir con los compromisos internacionales asumidos. Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales enuncian los derechos y deberes humanos, entre ellos el de educación proponiendo como herramienta para su desarrollo a las escuelas, las que podrán ser públicas o privadas.

## **CAPITULO 2 ESCOLARIDAD ARGENTINA**

### **Introducción**

En este capítulo se analizará el derecho a la educación mediante un criterio interpretativo histórico con la finalidad de encontrar el alcance y contenido del mismo. A través del estudio descriptivo de las leyes orgánicas que lo han regulado se puede llegar a comprender el significado actual del mentado derecho (Rodríguez-Toubes Muñoz, J., 2013).

Luego de interpretar el derecho a la educación a través del método histórico y aportar claridad sobre su origen y significado se estudiará a quién corresponde el mismo, contemplando dos posibilidades: derecho educativo paterno o derecho educativo de los menores.

### **2.1 Evolución histórica del derecho a la educación**

Se ha establecido previamente que no existe vacío legal sobre las prácticas del *Homeschooling* y que este trabajo tratará de desentrañar el contenido oscuro o ambiguo de las normas que regulan el derecho a la educación y las modalidades lícitas para desarrollarlo. Para lograr este objetivo se realizará una investigación de tipo histórica sobre el derecho en cuestión a los fines de establecer el contexto en el que surgieron dichas normas y desde allí problematizar sobre la posible inclusión o no de la educación en el hogar. La importancia de este análisis radica en conocer la cultura jurídica, histórica y social que llevó al legislador de la época a adoptar determinadas soluciones normativas. A través del estudio de construcciones jurídicas pasadas se puede justificar las disposiciones legales vigentes e incluso reclamar una modificación legislativa mediante la demostración de la mutación de las necesidades sociales que dieron origen a la ley (Savigny, F., 1878).

El derecho a la educación es reconocido en Argentina en la Carta Magna de 1853 como derecho individual debido a la doctrina política adoptada en esa época: el liberalismo. Este derecho de primera generación se fundó en la libertad de las personas, razón por la cual el constitucionalista se limitó a declararlo pero sin fijar su contenido explícitamente. En ese periodo surge un intenso debate en relación a la función del Estado frente a tal derecho, haciendo hincapié en distinguir los dos aspectos básicos del mismo que son enseñar y aprender. Algunas posturas planteaban que el Estado debía organizar el sistema educativo de tal manera que permitiera el acceso de toda la población a los conocimientos elementales, por otro lado se lo limitaba al considerar que no debía ser el único legitimado para dictar la educación, es decir que debía contemplar la libertad de los individuos y especialmente la de los padres (Finnegan, F. y Pagano, A., 2007).

Analizando lo anterior y en el contexto del debate se puede inferir que ambas interpretaciones son acertadas, de manera que no se excluyen una a la otra, ya que el Estado necesariamente debe garantizar el derecho a la educación consagrado en la CN y debe organizar un sistema acorde a las disposiciones fundamentales y orgánicas, sin embargo los padres y/o tutores no pierden su libertad para decidir a qué centro educativo van a asistir sus hijos, pueden optar por un centro público o pueden elegir uno privado, lo que no pueden hacer frente a un marco regulatorio como el de aquella época y como el actual, que ha mutado escasamente, es no escolarizar a los menores. Es importante recordar que el caluroso debate se centralizaba en definir qué libertades tenían los padres en relación al tipo de educación que recibirían sus hijos. Hasta la aparición de la figura del *Homeschooling* no hubo debate sobre la escolarización sino sobre la educación pública y la educación privada.

Esta primera aproximación sobre el contexto histórico, político y social del derecho a la educación sirve de introducción para comenzar a analizar las sucesivas leyes orgánicas que lo regularon y lo regulan.

## **2.2 Ley 1.420 de Educación Común**

Desde esta primera ley que regulaba el derecho a la educación en un marco político, económico y social como el detallado ut supra se impone la instrucción primaria como obligatoria. La obligación comprende a todos los actores del sistema educativo, por un lado al Estado que debe garantizar el acceso de todos los habitantes de la Nación en edad escolar a los centros educativos, debe organizar las bases curriculares y todo ello de manera gratuita. Por otra parte, los padres están obligados a escolarizar a sus hijos pudiendo ser sancionados en caso de omisión. La norma es esclarecedora y determinante para este trabajo, por exponer claramente la obligatoriedad de la escolarización. Sin embargo, las discusiones doctrinarias no cesaron entre los defensores del sistema legal y aquellos que pretenden imponer un modelo educativo liberal que contenga diferentes modalidades acorde a las necesidades de cada individuo (Finnegan, F. y Pagano, A., 2007).

La controversia antes referenciada da lugar a nuevos interrogantes y uno de ellos se refiere a los objetivos de la educación. Conocer los objetivos es fundamental, ya que permitirá evaluar si una persona sometida al método *Homeschooling* puede cumplirlos, ello fue desarrollado por diversos doctrinarios quienes arribaron a posturas encontradas.

José María Soberanes Díez y Luis Alberto Trejo Osornio (2011) analizan los fines de la educación exponiendo que son dos: adquirir conocimientos y lograr la integración del menor. El Estado como garante del derecho a la educación debe asegurarse que se cumplan

esos fines propuestos y lo hace a través de la escolarización. Los defensores de la educación en casa argumentan que pueden acreditar que los niños *homeschoolers* reciben los conocimientos fundamentales y lo pueden demostrar por medio de exámenes de aptitud. De esta manera el Estado podrá corroborar el primer fin, sin embargo, no podrá probar ni garantizar la integración del menor a la sociedad que es el segundo fin propuesto. Esa es la interpretación de los autores referidos que a su turno también cuestionan la libertad paterna de elegir el sistema educativo para sus hijos diciendo que ese derecho no es absoluto.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1979) atribuye los siguientes objetivos a la escuela primaria: adquirir conocimientos y el desarrollo pleno de la personalidad del menor, de esta manera se observa que el organismo especializado reduce el ámbito de aplicación de dichos objetivos, desde la educación como concepto general a la escuela primaria como institución. Esta referencia es significativa y esclarecedora en relación al antecedente presentado por reemplazar justamente el vocablo educación por escuela primaria que es más específico.

Miguel Ángel Asensio Sánchez (2012) trata de saber si la enseñanza básica obligatoria que impone la Constitución española es un deber unido a la escolarización. El autor expone que el derecho-deber de educación no se corresponde con el de escolarización. La escolarización en centros escolares es el instrumento elegido por el legislador para asegurar el acceso a la enseñanza obligatoria, cumpliendo de esa manera la obligación estatal inserta en el derecho a la educación.

Siguiendo con el análisis histórico en Argentina se puede decir que el transcurso de los años y las diversas políticas educativas que se fueron desarrollando dejan en evidencia



el poder que fue ganando el Estado y su función principalista. En la década de 1930 el proceso educativo cobra mayor centralización y verticalización, lo que evidencia el rol fundamental de este agente como garante y defensor de la educación que elige a la escuela como instrumento para cumplir con su obligación. Con el gobierno de Perón en el año 1945 se abre paso a una etapa en el terreno de los derechos y especialmente en la educación cobrando una vital importancia la escuela desde una visión renovada y con nuevos objetivos. La sociedad estaba inmersa en profundos cambios sociales lo que requería un mayor compromiso con la instrucción. Sin embargo, el impulso educativo no sólo tenía que ver con las nuevas demandas sociales sino que además el pueblo confiaba en el Estado y depositaba en él la tarea de educar (Finnegan, F. y Pagano, A., 2007).

Otra cuestión discutida que debe ser remarcada se presenta a la hora de definir y asignar importancia, por un lado, al derecho a aprender que en definitiva es el derecho humano a la educación y por el otro, el derecho a enseñar. El primero es un derecho fin en sí mismo que se desarrolla mediante el acceso y la permanencia en establecimientos educativos, mientras que el segundo es un derecho medio que se utiliza para alcanzar el primero (Finnegan, F. y Pagano, A., 2007).

En síntesis la Ley 1.420 (1884)<sup>11</sup> establece que la instrucción primaria es obligatoria, comprendiendo dicha obligación a los padres, tutores o encargados de los menores.

---

<sup>11</sup> Ley 1.420 de Educación Común. 8 de julio de 1884.

### **2.3 Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente**

Si bien la ley 26.061 (2005)<sup>12</sup> no regula el derecho a la educación, su análisis forma parte de este trabajo debido a los sujetos a los cuales está destinada: niños, niñas y adolescentes; y a la protección integral por parte del Estado de todos sus derechos asegurando el ejercicio pleno, efectivo y permanente.

El art. 2<sup>13</sup> de esta ley postula los caracteres de los derechos en ella contenidos diciendo que son, entre otros, irrenunciables, de este carácter derivan un conjunto de deberes que deben ser cumplidos por terceros, entre ellos los padres, para hacer efectivo dicho derecho. Sin embargo, este carácter tiene otro costado que se relaciona con la irrenunciabilidad de la titularidad y del objeto del derecho, lo primero es irrenunciable mientras que lo segundo es renunciable. El sujeto titular del derecho puede expresar libremente su voluntad de no ejercerlo. La cuestión debatida surge entonces al tratar de dilucidar si un niño en edades tempranas puede elegir de manera consciente no escolarizarse, además correspondería preguntarse cómo llegó ese niño a tomar la decisión, ¿acaso es posible que sus padres brinden esas opciones? Los padres están obligados a garantizar el acceso a la escuela si el titular del derecho así lo quiere, por su parte si el titular no quiere el estado de cosas que el derecho le ofrece los padres quedan relegados de ese deber (Álvarez Gálvez, Í., 2014).

---

<sup>12</sup> Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. 26 de octubre de 2005.

<sup>13</sup> Art. 2 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. 26 de octubre de 2005.

Para tratar de dar respuestas a los interrogantes planteados se continuará con el análisis de la ley cuyo art. 3<sup>14</sup> expone al niño, niña y adolescente ya no como un objeto merecedor de protección, sino como un sujeto de derechos en desarrollo y conforme a ello postula como principio rector de la materia el interés superior del niño. Los incisos b y d establecen que estos sujetos deben ser oídos y su opinión debe ser tenida en cuenta de acuerdo a su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y condiciones personales. Sin embargo, podría suceder que el interés superior del niño sea utilizado como un medio para violar derechos fundamentales como lo es la educación. La interpretación a la que se arriba en este trabajo es que los niños, niñas y adolescentes constituyen un sector vulnerable de la sociedad que merecen mayor protección y que ante la decisión de éstos de no concurrir a la escuela por voluntad propia el Estado debería organizar las pruebas psicológicas pertinentes para llegar a la verdadera razón de la elección, ya que como se dijo podría suceder que la decisión obedezca a la presión de los padres (Finnegan, F. y Pagano, A., 2007).

Por último, el art. 15<sup>15</sup> de la normativa incluye el derecho a la educación el cual se desarrollará, según el segundo párrafo, a través del acceso y permanencia en un establecimiento educativo.

---

<sup>14</sup> Art. 3 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. 26 de octubre de 2005.

<sup>15</sup> Art. 15 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. 26 de octubre de 2005.

## 2.4 Ley 26.206 de Educación Nacional

Luego del recorrido por la historia de las leyes de la educación corresponde ahora exponer los artículos de la Ley 26.206 que rige actualmente la materia educativa. El art. 1<sup>16</sup> indica de manera expresa el carácter regulatorio de la ley.

Nosiglia María Catalina (2007) enseña que uno de los objetivos de la Ley de Educación Nacional es recuperar la centralidad de las escuelas como ámbito natural de enseñanza. Además, manifiesta que el rol principal lo tiene el Estado y la participación de la familia y la sociedad es subsidiaria, con lo cual a lo largo del articulado se irán demostrando los argumentos que hacen a esta postura.

El primer punto a desarrollar es definir qué es la educación, el art. 2<sup>17</sup> dice que es un bien público y a la vez un derecho personal y social. El rasgo principal de los bienes públicos es la inclusión de todos y que son provistos por el Estado. Según se infiere del artículo el derecho a la educación deja de ser un derecho individual para convertirse en una obligación de la comunidad y del Estado de actuar positivamente para su concreción (Nosiglia, M., 2007).

A partir del Título II de esta ley se sientan las bases del sistema educativo exponiendo el art. 12<sup>18</sup> que será el Estado quien deba planificar, organizar, supervisar y financiar dicho sistema. Por su parte el art. 16<sup>19</sup> regula la obligatoriedad escolar desde los cinco años y hasta la finalización del nivel de educación secundaria. Este precepto es esclarecedor porque no habla de un derecho sino de una obligación y además dicha obligación es escolar, el legislador podría haber dicho obligación educativa o de adquirir

---

<sup>16</sup> Art. 1 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

<sup>17</sup> Art. 2 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

<sup>18</sup> Art. 12 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

<sup>19</sup> Art. 16 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

conocimientos básicos empero, eligió la escuela para el cumplimiento del derecho-deber y al hacerlo cerró el sistema. Esto quiere decir que el *Homeschooling* no es una opción legal en este momento, podría llegar a ser legal no obstante sería necesaria una reforma de la ley educativa.

El art. 17<sup>20</sup> plantea los niveles y las modalidades del sistema, en el segundo párrafo expone que una de las modalidades es la educación domiciliaria, por lo que la educación en casa está prevista en el sistema educativo. Sin embargo, el art. 60<sup>21</sup> se encarga de desarrollar la modalidad y al hacerlo decide que será implementada para garantizar el derecho a la educación de los alumnos que por razones de salud se vean imposibilitados de asistir con regularidad a una institución educativa. Nuevamente, el legislador cierra el paso al *Homeschooling* ya que podría haber incluido otros motivos que permitieran el acceso a esta modalidad como pueden ser la decisión fundada de los padres, la elección libre de los alumnos, los problemas de calidad de la educación, *bullying*, entre otros, pero no lo hizo, solo prevé la modalidad para el supuesto de problemas de salud. Tal vez no se incluyeron otros motivos porque eran impensados para el legislador de la época empero eso no es un argumento para violar la ley, podría ser un buen soporte para impulsar un cambio en la legislación.

El art. 126<sup>22</sup> contiene los derechos de los alumnos y en su inc. c establece que uno de ellos es el de concurrir a la escuela hasta completar la educación obligatoria y ningún otro inciso da lugar para que se desarrolle en otro ámbito, mientras que el art. 127<sup>23</sup> les

---

<sup>20</sup> Art. 17 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

<sup>21</sup> Art. 60 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

<sup>22</sup> Art. 126 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

<sup>23</sup> Art. 127 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

impone, entre otros, el deber de respetar el proyecto educativo institucional y el de asistir a clase regularmente.

Por su parte, el art. 128<sup>24</sup> regula los derechos de los padres o tutores de los estudiantes y mediante el inc. c se establece que pueden elegir para sus hijos o representados la institución educativa que vaya de la mano con sus convicciones. El art. 129<sup>25</sup> enuncia los deberes de estos, siendo este artículo trascendental para el trabajo ya que contiene el deber de hacer cumplir la educación obligatoria y asegurar la concurrencia de los menores a establecimientos escolares para su cumplimiento.

## **2.5 Titularidad del derecho a la educación**

Luego de establecer, a través del estudio de diversos instrumentos internacionales, el significado del derecho a la educación es necesario definir a quién corresponde el mismo, para ello se recurrirá al aporte doctrinal de diversos autores. El debate se plantea en definir si el derecho bajo análisis corresponde a niños, niñas y adolescentes en edad escolar o si le pertenece a los padres de éstos.

José María Soberanes Diez y Luis Alberto Trejo Osornio (2011) indican que el derecho a la educación corresponde a los niños aun cuando sean los padres quienes los ejerciten a través de la representación. Explican que debe respetarse la libertad de enseñanza de los padres que son los agentes naturales de la misma, sin embargo esa libertad no es un derecho absoluto y el legislador puede modelizarla e imponer, por ejemplo, que éstos puedan elegir entre educación pública o educación privada. Podría el legislador decidir que los padres puedan elegir entre escolarización obligatoria o educación en casa

---

<sup>24</sup> Art. 128 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

<sup>25</sup> Art. 129 de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

pero sólo confiere libertad para elegir entre la opción pública o privada y en ningún caso se está ante un actuar desleal del legislador.

Lorenzo Cotino Hueso (2000) establece que el alumno es el sujeto básico del sistema educativo, titular de un auténtico derecho subjetivo, sin embargo no es el único actor en el proceso educativo, ya que también influyen en él los operadores educativos (padres, docentes y centros) portadores de libertades de la enseñanza. No obstante, reconoce que estas libertades no son verdaderos derechos subjetivos. Por otra parte, expresa que las facultades paternas deberán ir disminuyendo en tanto va incrementando la capacidad, el desarrollo y la edad del menor bajo tutela, por lo que se produce un traslado de titularidad de ejercicio. Por lo tanto, cabe inferir que el niño, niña o adolescente siempre es el titular del derecho a la educación, lo que va variando es la libertad de ejercicio del mismo, que en un primer estadio corresponde a los padres/tutores por la menor edad y por el magro desarrollo físico, intelectual, espiritual del niño. Luego, a medida que éste va alcanzando una mayor independencia irá asumiendo también, mayor libertad y podrá tomar decisiones relacionadas a su derecho subjetivo.

Katarina Tomasevski (s.f.) expone que los niños son los titulares privilegiados del derecho-deber a la educación. La autora realiza un análisis tripartito - niño, Estado y padres - muy interesante que se desarrolla a continuación. Expone que al derecho humano de la educación le corresponden obligaciones estatales de admisión de establecimientos educativos, garantías de acceso a ellos, calidad educativa y adaptabilidad al interés superior del niño. De esta manera presenta al Estado como un actor que puede imponer, regular y controlar la educación. En relación a la libertad de elección de los padres concluye en que éstos no pueden abrogar el derecho a la educación del niño y nuevamente constituye al

Estado como garantista, al decir que éste puede exigir el cumplimiento de las responsabilidades paternas.

### **Conclusión parcial**

Luego de un análisis exhaustivo de la Ley 1.420, Ley 26.061, Ley 26.206 se puede concluir que la normativa argentina referida al derecho a la educación cierra el paso al *Homeschooling* de manera definitiva, por ende, quienes lo practican están desarrollando un accionar ilegal merecedor de sanción. Sin embargo, parece ser que el sistema sancionador en esta materia no funciona correctamente ya que quienes lo practican no tienen ningún tipo de sanción y en muchos casos el Estado ni siquiera conoce la implementación de la modalidad, con lo cual se puede inferir que no hace un seguimiento estricto de los menores que no asisten a un centro educativo aun cuando lo deberían hacer por encontrarse en edad escolar obligatoria.

En lo que respecta a la titularidad del derecho a la educación se han examinado diversos aportes doctrinarios que han arrojado como conclusión que el mismo pertenece de manera exclusiva a los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, este derecho es ejercido por los padres o tutores de los menores en edad escolar mientras el grado de desarrollo de los primeros no permita que puedan tomar decisiones libres y conscientes sobre su escolarización. Según surge de la investigación realizada sobre la libertad de enseñanza se puede deducir que la misma consiste en la elección autónoma que los padres o tutores pueden ejercer sobre el centro educativo al que asistirán los menores. No obstante, la libertad conferida es sólo sobre la escuela a escoger que podrá ser pública o privada, empero no se podrá elegir entre escolarizar a un menor o impartir la instrucción primaria en



el hogar, ya que la última opción no es legal por el régimen jurídico actual que tutela la materia.

## **CAPÍTULO 3 ESTADO Y FAMILIA: DEBERES COMPLEMENTARIOS**

### **Introducción**

El tercer capítulo tiene como objetivo presentar la función garantista del Estado en relación al derecho a la educación, exponiendo cuáles son las obligaciones que le corresponden y que la sociedad argentina le puede exigir, como así también sus facultades ante el incumplimiento ilegítimo de escolarización que impone la Ley 26.206 de Educación Nacional.

Para lograr dicho objetivo se desarrollaran diversas posturas doctrinarias como así también la interpretación jurisprudencial. Se analizará la decisión judicial a la que arribó un Tribunal argentino frente a un caso de *Homeschooling*, la resolución será comparada con un dictamen judicial europeo con la finalidad de obtener una mirada integral del fenómeno, como ya se ha recurrido en otras partes del trabajo.

Por otra parte, se desarrollarán los deberes paternos contenidos en el Libro Segundo - Relaciones de Familia - del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC), especialmente el deber de educar a los hijos, con el objeto de establecer con precisión el contenido del mismo, además se incluirán nociones referidas a la libertad de enseñanza. Se tratará de desentrañar si existe una contradicción entre los deberes del Estado y los deberes paternos o si por el contrario se trata de deberes complementarios orientados al cumplimiento del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes. También se analizarán las consecuencias civiles ante el incumplimiento del derecho-deber a la educación que deberán soportar los padres o tutores del menor desescolarizado.

### **3.1 Función garantista del Estado**

#### **3.1.1 Interpretación doctrinaria**

En Argentina el Estado asume una responsabilidad de garante principal de cumplimiento del derecho a la educación y para ello ha desarrollado una estructura que tiene como núcleo fundamental a la escuela, que impone como ámbito específico de la enseñanza el aula de clases y establece el objetivo de la escolarización masiva y simultanea de la población (Rivas, Batiuk, Composto, Mezzadra, Scasso, Veleda y Vera, 2007).

Como se ha expuesto con anterioridad el Estado tiene el deber de armonizar el Derecho local con el Derecho Internacional y dar cumplimiento a los Derechos Humanos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la educación. Por lo tanto, se infiere que el deber del Estado consiste en cumplir los compromisos asumidos en el plano internacional en lo que respecta al acceso a la educación obligatoria y gratuita, para hacerlo deberá regular un marco legal que contenga las disposiciones pertinentes. El Estado argentino ha logrado organizar un sistema educativo imponiendo, a través de leyes orgánicas, la escolarización obligatoria estableciendo una cantidad mínima de clases para todos los alumnos, de esta manera se asegura el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas (Rivas, ... [et. al.] 2007).

La actualidad, exigibilidad, operatividad, claridad y publicidad de los marcos legales vigentes son temas que merecen un tratamiento en este trabajo por generar arduos debates y por ser un parámetro de control de los deberes estatales. No existen dudas que el surgimiento del derecho a la educación responde a necesidades del hombre y que este ha luchado incansablemente para que sea elevado a la categoría de Derecho Humano sin

embargo, el sistema educativo argentino que regula este derecho ha permanecido durante años inmutable, no ha acompañado la evolución del hombre y verdaderamente ha quedado desactualizado, esta podría ser una de las razones que ha llevado a la sociedad a buscar nuevos métodos que satisfagan sus necesidades actuales. Es de suma importancia que el marco legal brinde un mensaje simbólico acorde a los requerimientos de la sociedad a la que regula y que tenga en cuenta el contexto histórico, cultural y social sobre el que pretende legitimidad (Rivas, ... [et. al.] 2007).

Por otra parte, el ordenamiento legal debe gozar de exigibilidad, es decir que ante una violación de las normas educativas el Estado, a través del Poder Judicial, debe garantizar el cumplimiento del derecho (Rivas, ... [et. al.] 2007). En el caso concreto el Estado debería controlar rigurosamente la asistencia a un establecimiento educativo de todos los niños en edad escolar obligatoria y ante el registro de una ausencia permanente o temporaria injustificada debería recurrir a la justicia a los efectos que el niño, niña o adolescente desescolarizado retorne al sistema formal obligatorio y, en su caso, sancionar a los padres y/o tutores legales responsables del incumplimiento. Cabe recordar que la Ley N° 26.206 sólo contempla una causa justificante para no asistir al centro escolar y recibir la formación educativa en el hogar, la misma se presente ante un educando con un problema de salud que le impida la asistencia regular a la escuela.

Se ha reiterado en este trabajo que la escolarización es obligatoria, sin embargo este mandato carece de operatividad, fundamenta esta postura la existencia de prácticas de *Homeschooling*. Los actores sociales involucrados en el proceso educativo deberían contar con una reglamentación que le brinde directrices sobre cómo actuar ante estas violaciones al sistema, como así también definir con precisión quién ostenta la legitimación activa para

denunciar un incumplimiento de este tipo. Sin lugar a dudas, el Estado a través del Ministerio de Educación debería ser el principal demandante de estas prácticas ilegales sin embargo, no debe perderse de vista que deberían existir otros actores obligados y/o facultados a denunciar que ostentarían legitimidad por su proximidad e interés en el cumplimiento de las normas educativas, estos podrían ser inspectores educativos zonales, directores de escuelas, personal docente, determinados parientes (los obligados a prestar alimentos en favor del menor necesitado) y por qué no cualquier ciudadano que tome conocimiento de la desescolarización de algún niño. Según lo expuesto, la legitimación debería ser amplia, esto tiene como sustento dos fundamentos: el primero determina que está en juego un derecho humano y, como ya se ha expuesto con anterioridad, sólo podría ser renunciado por su titular - el niño, niña o adolescente -; en segundo lugar el sujeto titular del derecho es el niño que merece suma protección para su formación integral debido a su menor edad y escaso grado de desarrollo madurativo (Rivas, ... [et. al.] 2007).

Por último, es importante destacar que el marco legal educativo es de acceso público, está al alcance de todo aquel que lo necesite sin embargo, parecería ser que no goza de la claridad suficiente, ya que la comunidad *homeschooler* aduce que hay una laguna legal en torno a la prohibición de las prácticas. A lo largo de este trabajo se ha demostrado que no es así, que el ordenamiento legal argentino no permite la implementación del *Homeschooling*. Sin embargo, ante el conocimiento de este fenómeno través de los medios de comunicación que en varias oportunidades han expuesto informes periodísticos sobre el tema se ha planteado de manera dudosa su legalidad y desde el ámbito estatal no se ha dado la respuesta contundente que correspondería, dando lugar de este modo al crecimiento de las prácticas (Rivas, ... [et. al.] 2007).

### **3.1.2 Jurisprudencia**

El Homeschooling tiene una incipiente aparición en Argentina por lo que a la fecha no se dispone de un amplio registro de casos jurisprudenciales que analicen la cuestión, por ello esta parte del trabajo será analizada a la luz del pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Neuquén que traza una línea argumental de la doctrina judicial de una manera precisa y contundente sentando un antecedente trascendental en lo que respecta a la protección del derecho de los niños a la educación.

En la sentencia de fecha 03/03/2016, Autos “Defensoría de los derechos del niño, niña y adolescente c/BJ s/Acción de Amparo - Expediente: 69529 año 2015” , pronunciada por la Sala Civil del TSJ de Neuquén se hizo lugar a una acción de amparo deducida por la Defensoría de los derechos del niño, niña y adolescente y condenó a la demandada BJ a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija EB durante todo el lapso de la educación obligatoria. En las cuestiones de la sentencia el Tribunal explica que la demandada BJ solicita a la autoridad administrativa, esto es el Consejo Provincial de Educación, una autorización para desescolarizar a su hija EB argumentando como fundamentos el pedido de la menor de no asistir más a clases y su propia creencia de que la educación formal oficial no era adecuada. La autoridad administrativa deniega el pedido y ordena la inmediata reinscripción de la menor al sistema educativo obligatorio esgrimiendo razones constitucionales-convencionales, legales e incumplimiento de los deberes de la responsabilidad parental.

Ante esta negativa por parte de la administración la demandada continúa en su conducta omisiva del deber que le impone el CCC. A raíz de esto la Defensoría de los derechos del niño, niña y adolescente inicia una acción de amparo en el Juzgado de Familia

Nº 4 con el objeto de que la menor en situación de vulnerabilidad sea reinsertada a la escuela en cumplimiento efectivo de su derecho-deber de educación, todo ello con basamento en el interés superior del niño. El Juzgado de primera instancia rechaza la acción por inadmisibles sosteniendo que la cuestión ha sido resuelta por la autoridad administrativa correspondiendo a ésta, mediante el uso de la fuerza pública a su disposición, hacer cumplir su decisión.

No obstante, la Defensoría recurre ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad - Sala II - quien confirma la sentencia del a quo rechazando la petición de amparo.

Ante esta nueva negativa la amparista deduce recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley que son declarados admisibles por el Fiscal General. De esta nueva instancia se desprende en primer lugar que es un deber de los padres respetar y hacer respetar el ordenamiento jurídico, por lo que no podría B.J. desescolarizar arbitrariamente a su hija menor de edad aduciendo falta de calidad en la educación brindada por el sistema oficial. Este argumento se condice y brinda fundamento a lo desarrollado y analizado en este trabajo en lo que respecta a la escolarización obligatoria pese a toda disconformidad con el sistema actual por ser el derecho a la educación un derecho humano.

Por otra parte, ha dicho la Defensoría que el Poder Judicial debe remediar el quebrantamiento de un derecho no pudiendo excusarse en que otro estamento del Estado no cumplió su deber. En las sentencias del Juzgado de primera instancia y de la Cámara de Apelaciones no tuvo lugar el tratamiento del interés superior del niño que fundamentaba la interposición de una vía expedita y rápida con raigambre constitucional como lo es el

amparo, lo cual constituye un incumplimiento de los deberes estatales asumidos con la comunidad jurídica internacional en la Convención de los Derechos del Niño.

Por todo ello, el TSJ decide nulificar las sentencias anteriores y dar lugar a la acción de amparo, estableciendo el interés superior de la niña EB como lo exige la Convención de los Derechos del Niño. Expresó que la niña tiene el derecho y la obligación de asistir a la escuela; que la progenitora tiene la obligación de cumplir con la responsabilidad parental y garantizar la escolarización; que el TSJ debe oír a la niña, tener en cuenta su opinión y brindarle tutela judicial efectiva. Sin embargo, consideró que la niña no se encuentra en condiciones de evaluar el peligro actual y futuro que le ocasiona la desescolarización.

La resolución del caso fue hacer lugar a la acción de amparo y condenar a la progenitora BJ a garantizar el derecho y obligación a la escolarización de la menor EB. El Tribunal entendió que se lesionó con arbitrariedad e ilegalidad el derecho constitucional y la obligación a la escolaridad de la niña EB y decidió reestablecer el derecho vulnerado en función del interés superior del niño.

Por último, con el objeto de obtener una mirada integral del derecho en tratamiento y por la escasa jurisprudencia argentina se recurrirá a un fallo del Tribunal Constitucional de España.

En España el Tribunal Constitucional en el año 2010 rechazó un pedido de amparo por vulneración del derecho a la educación promovido por Antonio Gómez Linares, María Socorro Sánchez Martín, Florián Macarro Romero y Anabelle Gosselint, todos ellos padres practicantes del Homeschooling que en el año 2003 fueron demandados por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Coín quien solicitó la inmediata



escolarización de los menores. Sin embargo, la sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga quien la desestimó en el año 2005. En síntesis, ambas instancias establecen que la libertad de enseñanza que corresponde a los padres no puede ir en contra del derecho-deber de los hijos de participar en el sistema oficial de educación.

En lo que respecta al fallo constitucional, lo interesante es la defensa debidamente fundada que realizan los jueces de la instancia sobre la escolarización obligatoria, como así también la posición asumida en cuanto a la inexistencia de laguna legal sobre la problemática planteada. El Tribunal expone que la Constitución Española no comprende el supuesto de la facultad de los padres de elegir una educación diferente a la escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico y que el deber de escolarización es un límite incorporado por el legislador que cuenta con respaldo constitucional. Por último, señala que la CE no impone en su articulado que la enseñanza deba ser impartida en centros homologados, ni siquiera hace mención al lapso durante el cual debe ser escolarizado, todo ello ha sido trabajo legislativo, como así también excluir del sistema educativo a la educación casa, por lo que el Tribunal considera que existe una puerta abierta para que futuros proyectos legislativos contemplen la inclusión de una modalidad más flexible y debidamente regulada que también podría tener lugar dada la amplitud del artículo 27 de la CE.

### **3.2 Deberes paternos contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación**

El CCC en el art. 646<sup>26</sup> establece los deberes de los progenitores, cabe resaltar que un deber jurídico es, según Abelardo Torr  (2003), una obligación impuesta por una norma jurídica de realizar cierta conducta - de comisión u omisión -. Por lo tanto, el desarrollo del

---

<sup>26</sup> Art. 646 Código Civil y Comercial de la Nación.

art. antes referenciado que se hará a continuación debe ser entendido como obligaciones que el legislador les impone a los progenitores. El inc. a) regula que los progenitores deben cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo, estas disposiciones serán estudiadas conjuntamente con el art. 659 del mismo cuerpo normativo a los efectos de obtener una visión integral del deber de educación. Por su parte, el inc. b) instauro el deber de considerar las necesidades específicas del hijo, mientras que los incs. c y d) establecen los deberes de respetar el interés superior del niño en todo lo que atañe a sus derechos personalísimos.

El art. 659 del CCC<sup>27</sup> dispone el contenido de la obligación alimentaria de los progenitores y dentro de la enumeración incluye el rubro educación, es decir que los padres tienen la obligación de contribuir con los gastos que origine la formación educativa de sus hijos. ¿Por qué el legislador incluiría dentro del contenido de la obligación alimentaria de los padres el rubro educación si esta pudiera ser proporcionada en el hogar? Una vez más el ordenamiento jurídico demuestra, aunque de manera implícita, que la obligación educativa de los padres consiste en enviarlos a una institución educativa. Incluso el legislador decide imponer este deber con contenido pecuniario a los parientes, sin embargo de manera subsidiaria y teniendo en consideración las necesidades del menor alimentado y la fortuna del obligado a prestar alimentos. No obstante, se debe reconocer la facultad de los padres de escoger el establecimiento educativo al que asistirán sus hijos, sea éste público o privado, además de conservar el monopolio en lo que respecta a la educación moral y religiosa de los menores, tal como lo establece el art. 128 inc. c) de la Ley 26.206<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 659 Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>28</sup> Art. 128 inc. c de la Ley 26.206 de Educación Nacional. 28 de diciembre de 2006.

Es necesario preguntarse qué sucede ante el incumplimiento del deber jurídico de los progenitores de escolarizar a sus hijos en edad escolar. Arturo Canalda Gonzalez (Belando, ... [et. al.] 2014) expone que se debe realizar una distinción entre supuestos de dejación y abandono de deberes paternos merecedores de sanciones jurídicas, de aquellas situaciones en las cuales los padres toman una decisión consciente de educar a sus hijos fuera de la escuela, ya que estas últimas son meritorias de una regulación especial. En concordancia con lo expuesto por el autor, sería necesaria una reforma legislativa que contemple estas situaciones excepcionales y de carácter restrictivo y al mismo tiempo un mecanismo de control estatal que permita asegurar la cobertura y la calidad de la educación impartida en el hogar, como así también la socialización del menor, aspectos éstos que tienden a la formación integral del mismo y el desarrollo de su personalidad.

Por su parte, Alma Rodríguez Guitián (Belando, ... [et. al.] 2014) expone un análisis frente a la posibilidad de aplicación de la prácticas de educación en casa, estableciendo que el juez sólo podrá imponer la escolarización en aquellos casos en que el bien jurídico protegido se encuentre en peligro real y actual de generar un daño para el menor o cuando se ha constatado el mismo. La autora toma como regla la desescolarización y como excepción la escolarización obligatoria. Cuan peligroso podría ser esto en un país como Argentina con altos índices de pobreza, desempleo, problemas económicos, etc. ¿no contribuiría esto a abrir una puerta para que algunos progenitores desescolaricen a los menores para imponerles trabajo infantil? El derecho de los niños a recibir educación en un centro escolar no puede restringirse ante cualquier circunstancia, ya sea por calidad educativa, por posibles padecimientos de *bullying*, por cuestiones religiosas, entre otras; por

el contrario deberían existir mecanismos de control para prevenir este tipo de situaciones y de solución efectiva ante la producción concreta de las mismas.

### **Conclusión parcial**

El deber estatal de garantizar el derecho a la educación y el deber paterno de escolarizar a los hijos menores en edad escolar son compatibles, complementarios y deben analizarse desde una perspectiva protectoria del derecho humano a la educación que tienen los niños, niñas y adolescentes.

El Estado debe asegurar que todos los niños que habitan el territorio argentino puedan acceder a una escuela de manera gratuita y debe además, controlar que los menores asistan regularmente a esos establecimientos educativos porque ese es el contenido de la obligación convencional que asumió: educación obligatoria y gratuita.

Para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas el Estado ha decidido imponer la escolarización obligatoria. Por ese motivo, los progenitores deben cumplir con su mandato de inscribir a los menores en una escuela, sea esta pública o privada.

Las conclusiones anteriores encuentran respaldo en la jurisprudencia, es decir en las decisiones judiciales, por ello se ha desarrollado en el capítulo una sentencia del TSJ de Neuquén del que surge con claridad la obligatoriedad de la escolarización de los menores y que la misma se corresponde con los deberes paternos contenidos en el CCC. Además, postula que el interés superior del niño, en el caso concreto, está integrado de la siguiente manera: derecho-deber de los niños, niñas y adolescentes de asistir a una institución educativa para recibir formación integral; deberes paternos de garantizar la escolaridad;

derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta; tutela judicial efectiva.

## CONCLUSIONES GENERALES

Como resultado de la investigación presentada, es posible concluir que no existe vacío legal sobre el método *Homeschooling* en el ordenamiento jurídico argentino. La CN recepta el derecho a enseñar y a aprender de todos los habitantes de la Nación delegando la regulación del mismo al legislador ordinario. Éste escogió el método de la escolarización para garantizar la cobertura del derecho.

Como consecuencia de lo expuesto, se infiere que el *Homeschooling* no es legal en Argentina y que aquellos padres/tutores que utilizan dicho método educativo están incurriendo en un accionar antijurídico. El Estado, al tomar conocimiento de estas prácticas ilegales, debería ordenar la inmediata reinscripción del menor desescolarizado a un centro educativo, como así también disponer la medida sancionatoria que corresponde aplicar a los progenitores. Sin embargo, el sistema de control estatal de la asistencia de los menores a la escuela es insuficiente y el sancionatorio inexistente.

Surge del desarrollo de este trabajo que la comunidad internacional impone a los Estados Parte que adscriben a los instrumentos el compromiso de garantizar el derecho a la educación de los niños, no obstante cada gobierno decidirá libremente el método que considere más conveniente para lograr el fin propuesto.

En conclusión, ni los instrumentos internacionales con raigambre constitucional ni la CN prohíben el *Homeschooling*, por lo que podría llegar a ser legal si, mediante una reforma legislativa, se incluyera un modelo educativo que contemple la modalidad.

Es trascendental asentar que el titular del Derecho Humano a la educación es el niño, niña o adolescente en edad escolar; los padres tienen el deber jurídico de escolarizar a estos menores para que gocen de su derecho de manera efectiva.

Por último, se ha logrado cada objetivo propuesto para llegar al resultado antes planteado. Sin embargo, este trabajo pretende ser el antecedente y propulsor de otros que afronten el fenómeno en cuestión de manera integral e interdisciplinaria abordando cada arista que presenta, con el objeto de impulsar una modificación legislativa que contemple a la educación en casa que actualmente no está permitido.

## LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

### 1.1. Doctrina

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Alcoberro, R. (s.f.). Comentarios al articulado de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.alcoberro.info/comentarios-al-articulado-de-la-declaración-universal-de-derechos-humanos.html> (20/03/2019)

Álvarez Gálvez, Í. (2014). Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles. *Revista de Humanidades de Valparaíso*, ISSN 0719-4242, núm. 4, pp. 63-80.

Asensio Sánchez, M. A. (2012). La educación casa o *Homeschooling* en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Foro, Nueva época*, Vol. 2: 185-212.

Caballero Sánchez, R. (2014). Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español. En I. M. Briones Martínez (Coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (pp. 89-98). Madrid: DYKINSON.

Canalda Gonzalez, A. (2014). La protección del menor y la educación en familia. En I. M. Briones Martínez (Coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (pp. 21-28). Madrid: DYKINSON.

Cotino Hueso, L. (2000). La libertad del estudiante: derechos, deberes, libertades y responsabilidades del alumnado. En L. Cotino Hueso (Coord.), *Derechos, deberes y*



*responsabilidades en la enseñanza. Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales* (pp. 211-228). Generalitat Valenciana, Valencia.

Finnegan, F. y Pagano, A. (2007). *El derecho a la educación en Argentina* (1ª Ed.). Argentina: FUNDACIÓN LABORATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª Ed.). México: MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES.

LLorent Bedmar, V. (2004). Libre elección de educación obligatoria en el ámbito de la Unión Europea: el cheque escolar y la escuela en casa. *Revista de educación*, núm. 335, pp. 247-271.

López Sánchez, C. (2013). Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *Homeschooling*. *Revista europea de derechos fundamentales*, ISSN 1699-1524, núm. 21/1º semestre, pp. 79-116.

Mouchet, C. y Zorraquín Becú, R. (1996). *Introducción al derecho* (12ª Ed.). Argentina: ABELEDO - PERROT.

Nosiglia, M. (2007). El proceso de sanción y el contenido de la Ley de Educación Nacional N° 26.206: continuidades y rupturas. *Revista Praxis Educativa*, núm. 11, pp. 113-138.

Rivas, A., Batiuk, V., Composto, C., Mezzadra, F., Scasso, M., Veleza, C. y Vera, A. (2007). El desafío del derecho a la educación en Argentina. Un dispositivo de analítico para la acción (1ª Ed.). Buenos Aires: Fundación CIPPEC.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2013). El criterio histórico en la interpretación jurídica. *Dereito Revista xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, ISSN 1132-9947, vol. 22, pp. 599-632.

Rodríguez Guitián, A. M. (2014). Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa. En I. M. Briones Martínez (Coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (pp. 181-192). Madrid: DYKINSON.

Savigny, F. (1878). *Sistema del derecho romano actual* (Tomo I). Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. Recuperado de <https://archive.org/details/BRes1421811> (19/05/2019)

Soberanes Diez, J. M. y Trejo Osornio, L. A. (2011). Educación escolarizada vs. Educación en casa. Reflexiones sobre la sentencia de *Homeschooling* del Tribunal Constitucional español. *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, pp. 355-365.

Tomasevski, K. (s.f.). Indicadores del derecho a la educación. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 40, pp. 341-388.

Torré, A. (2003). *Introducción al derecho* (14ª Ed.). Argentina: ABELEDO - PERROT.

UNESCO (1979). Conferencia Internacional de educación. Recomendaciones 1934-1977. ISBN 92-3-301614-5

UNESCO (2018). Lo que necesita saber sobre el derecho a la educación. Recuperado de <https://es.unesco.org/news/lo-que-necesita-saber-derecho-educación> (03/04/2019)

UNICEF (s.f.). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos> (05/04/2019)

Yuni, J. A. y Urbano, C. A. (2014) *Técnicas para investigar. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación* (2ª Ed. Vol. 1). Córdoba: Brujas.

## **1.2. Legislación**

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Observación General N° 11. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1999.

Observación General N° 13. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1999.

Constitución Española. Art. 27

Constitución de la Nación Argentina. Art. 14 y 75 Inc. 22

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Art. 646 y 659

Ley de Educación Común N° 1.420

Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N°  
26.061

Ley de Educación Nacional N° 26.206

### **1.3 Jurisprudencia**

TSJ de Neuquén. Sala Civil. “Defensoría de los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes c/B.J. s/acción de amparo”. Expte. N° 69529. Acuerdo No 3. Recuperado el 17/09/2018 de: <https://red.reevo.org/file/view/7558/caso-bj-2016-neuquen-argentna-fallo-completo> (Sentencia de fecha: 03/03/2016).

TC de Madrid. Sala. Primera. “Recurso de amparo 7509-2005”. Sentencia 133/2010. Recuperado el 16/10/2018 de: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/05/pdfs/BOE-A-2011-275.pdf> (Sentencia de fecha: 02/12/2010).