

Voces:

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ EDUCACION ~ EDUCACION DEL MENOR ~ EDUCACION RELIGIOSA ~ EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO ~ GRUPO FAMILIAR ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ LIBERTAD DE CONCIENCIA ~ LIBERTAD DE CULTO ~ RELIGION ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ RESPONSABILIDAD PARENTAL

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 92(JNCiv)(Nro92)

Fecha: 22/10/2018

Partes: B., J. E. y otro c. L. M., R. s/ incidente familia

Cita Online: AR/JUR/58818/2018

Hechos:

El padre de un niño solicitó autorización judicial para que este asistiera a un jardín maternal perteneciente a la colectividad judía, pero que no sea preste una educación ortodoxa, tal como pretendía su progenitora. La Jueza resolvió que el niño debía asistir durante el ciclo educativo inicial a una de las instituciones propuestas por el actor, y ordenó que debía respetarse su alimentación kosher.

Sumarios:

- 1 . Ante el desacuerdo de los progenitores, el hijo deberá concurrir cautelarmente durante el ciclo educativo inicial a una escuela perteneciente a la colectividad judía, pero no ortodoxa —establecimiento que deberá respetar la alimentación kosher del niño—, pues esa es la decisión que mejor se ajusta al interés superior de aquel, ya que es la que menos condicionaría la elección que en el futuro deberá hacer en el marco de su propia libertad religiosa.
- 2 . Defender la autonomía de la voluntad de cada uno de los integrantes de las organizaciones familiares no implica desconocer como límite nítido el mecanismo subsidiario de control del Estado en miras a la defensa de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.
- 3 . La libertad religiosa y la libertad de conciencia —junto con la libertad de expresión— constituyen los pilares de una sociedad democrática, por lo que es obligación del Estado asegurar que no exista ninguna clase de interferencia o coacción para que las personas puedan desandar los caminos de la finitud humana conforme a las creencias adoptadas o a la visión particular del mundo que tengan.
- 4 . El derecho de los progenitores de educar a sus hijos conforme sus propias convicciones es un derecho frente al Estado y los terceros; pero no lo es frente a los hijos, respecto de los cuales se traduce en un deber que es preciso desempeñar teniendo en consideración su interés superior.

Texto Completo:

1ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 22 de 2018.

Considerando:

I. A fs. 10/23 del expediente N° 39.983/2017, el Sr. J. E. B. solicita autorización judicial para que su hijo T. asista al jardín maternal M. B., T. o W. S., a fin de garantizar la libertad religiosa del niño. Destaca que las dos primeras instituciones propuestas pertenecen a la colectividad judía y son acordes a la idiosincrasia conservadora de sus progenitores y familia, sin perjuicio de que el niño pueda decidir su asistencia a un establecimiento ortodoxo o laico cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente. Agrega que la Sra. L. M. nunca observó dentro de la familia por ellos conformados ni antes de la celebración del matrimonio las reglas de la H., advirtiendo —a modo de ejemplo— que se vestía con ropa que “ninguna persona ortodoxa usaría” (SIC).

A fs. 238/253 de las actuaciones citadas (cuya copia obra a fs. 1/17 del presente expediente), la Sra. R. L. M. coincide en la necesidad de inserción escolar del niño, discrepando en orden al tipo de enseñanza que debe impartírsele, al advertir que mientras ella propone una escuela respetuosa de las normas del judaísmo, el progenitor pretende que T. asista a una escuela que no acate las normas de la religión, especialmente en materia de alimentación.

Indica que su hijo es educado en la religión y costumbres que sus padres habían acordado y profesaban antes de contraer matrimonio. Que la progenitora es una persona de una profunda fe religiosa, estructuró su vida sobre dicha fe, y armó un proyecto de vida desde el acuerdo en el cumplimiento de premisas religiosas, que se relaciona con el respeto de determinados días y fechas, prescripciones sobre la alimentación y otras que las partes se comprometieron a respetar escrupulosamente. Que el Sr. B. aceptó y compartió tales criterios pues durante el noviazgo estudió la Torá cuatro veces a la semana, se casó en el templo S. S., uno de los más

ortodoxos de la comunidad sefaradí, colocó dos hornos en su casa y las mezuzá en las puertas, circuncidó a su hijo y le impuso un nombre judío, respetó el Sabbath y las fiestas religiosas yendo a rezar al templo.

Afirma que, en el contexto relatado, las consecuencias de todos los acuerdos tácitos o no hechos durante la unión son obligatorias para los cónyuges.

Observa, finalmente, que la concurrencia de su hijo a un colegio que cumpla los preceptos de la religión judía “al menos no puede dañarlo”. Por el contrario, la asistencia a una institución donde no se respeten las reglas propias de la religión “que el niño vive en casa de la madre 22 de las 24 horas del día implicaría un quiebre difícil de asimilar, por ejemplo si al niño se le convidan los caramelos ‘Yummy’ hechos con grasa de cerdo y los llevara a casas de amigos o parientes de la familia, las expresiones de asco de la familia colocarían al niño en una difícil situación que debe evitarse” (SIC).

A fs. 27/31 se presenta la Sra. Tutora ad litem designada en los autos conexos, y solicita medida cautelar en el sentido de que se resuelva el inicio de la escolaridad de T. en la escuela M. B., a cargo de su padre.

A fs. 34/35 la suscripta resuelve, como medida cautelar y para el ciclo lectivo de 2018, la concurrencia de T. a un Jardín de Infantes judío no ortodoxo, debiendo respetarse la alimentación kosher, imponiendo que el niño lleve su propia vianda. En dicha resolución, se solicita a las partes que en el plazo de cinco días propongan un establecimiento de tales características.

A fs. 49/50 la progenitora propone seis establecimientos educativos —rechazados por el Sr. B. a fs. 55/70—; y a fs. 53 el progenitor sugiere la escuela M. B. —rechazada por la Sra. L. M. a fs. 74/79—.

A fs. 81/88 dictamina el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, quien opina que el niño debe concurrir al colegio Y. T. donde se educó su madre, a fin de iniciar su socialización en un ámbito congruente con su familia materna y seguir las mismas reglas de alimentación que rigen en el hogar de residencia principal.

A fs. 89 la suscripta resolvió que el debate entre las partes debía circunscribirse a dos opciones: la escuela Y. T. —única institución que no recibió objeciones concretas por parte del padre— y el colegio M. B., descartándose el resto de las instituciones propuestas por la madre. A tales fines, se ordenó librar oficio a ambos establecimientos a fin de que remitieran un informe pormenorizado sobre el proyecto educativo propuesto para el nivel inicial, aclarando expresamente si se trata de instituciones judías no ortodoxas e indicando los alcances de la formación religiosa que reciben los niños en el ciclo nivel inicial, incluidos aspectos tales como exigencia de determinada vestimenta, integración o separación de grupos de niños en función del sexo, alimentación que reciben, si se dictan clases en las fiestas judías (en su caso en cuáles), si los niños rezan en la institución educativa y, en su caso, con qué frecuencia, y cualquier otro dato que resulte de interés. En particular, se solicitó al colegio M. B. que informe si asisten a dicha institución niños que llevan su propia vianda con comida kosher y, en su caso, cuál es la proporción o porcentaje aproximado de niños en dicha situación.

II. Conforme surge de autos, la resolución cautelar de la suscripta data del 3 de abril de 2018. Dado lo avanzado del año, es claro que lo que aquí se decida ya no será de aplicación para el presente ciclo lectivo de educación inicial no obligatoria, sino que regirá a partir del año 2019, momento desde el cual es obligatoria la inclusión de T. en la enseñanza formal.

III. Observación previa: Sobre los límites de la intervención del estado en la familia

Como cuestión previa, entiendo necesario formular una observación, compartida por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces en su dictamen, en orden a la intervención de los magistrados en cuestiones como la que aquí se debaten.

Se ha entendido tradicionalmente que las normas del derecho de familia están predominantemente conformadas por reglas de orden público, cuyo contenido se encuentra predeterminado y se funda en el carácter institucional de la familia (conf. Díaz de Guijarro, Enrique, “El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de Derecho de Familia”, JA, 1952-II-455). Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de incorporar la autonomía de la voluntad en la solución de los conflictos familiares. Y ello por cuanto la dinámica intrafamiliar se identifica a una situación jurídica que, aun presuponiendo el interés familiar como categoría dogmática y dato a priori, moviliza pretensiones controvertidas que pueden superarse, generalmente, en el ámbito de la autonomía privada (conf. Zannoni, Eduardo A., “Autonomía privada en la solución de conflictos familiares”, en Derecho de Familia, libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 186).

Quienes bregamos por organizaciones familiares democráticas y pluralistas debemos defender a ultranza uno de los principales elementos: la autonomía de la voluntad de cada uno de sus integrantes. Ello no es óbice

para desconocer un límite nítido frente a dicha autonomía: el mecanismo subsidiario de control del Estado en miras a la defensa de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.

Esta realidad nos ha colocado frente a una verdadera paradoja: por un lado, la creciente privatización de la familia, que consiste en el hecho de que la sociedad contemporánea tiende a representar y a legitimar a la familia esencialmente como ámbito de las relaciones expresivo-comunicativas libres de cualquier tipo de responsabilidad pública. Por el otro, la publicización de la familia, es decir, el creciente interés del Estado en regular los derechos de los individuos y las relaciones en la familia de modo cada vez más detallado, sustancial e interno, en lugar de hacerlo según las modalidades generales, formales y exteriores (conf. Sesta, Michele, “Lo privado y lo público en los proyectos de ley en materia de familia”, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, T. I, Aída Kemelmajer de Carlucci (coordinadora), Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, p. 86).

En el plano institucional, dada la estructuración jurídica y cultural de la sociedad, existen barreras para que el Estado penetre y actúe en el ámbito “privado” de la familia. Sin embargo, las nuevas tendencias apuntan a dejar de lado la separación estricta entre Estado y familia. El desafío —reitero— es mantener un equilibrio entre la necesidad de proteger la privacidad y la intimidad familiar (explicitando los límites de la intervención pública) y la obligación estatal de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos.

En este orden de ideas es que —como señala el Sr. Defensor de Menores— debemos ingresar lamentablemente en la privacidad de esta familia y en el ámbito de los sentimientos religiosos que deberían estar exentos de la intervención del Estado, en particular, del Poder Judicial. Sin embargo, las reiteradas desavenencias entre los progenitores plasmadas en estos autos y en los expedientes conexos con relación a la formación religiosa del niño, imponen a la suscripta asumir la función subsidiaria que tiene el Estado como responsable de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNyA).

IV. Responsabilidad parental y derecho a la educación y formación religiosa de N. N. Y. A.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la responsabilidad parental —que había sido ignorada en el texto originario de nuestra Carta Magna— es un derecho-deber que tiene jerarquía constitucional por imperio de los instrumentos internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22°, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Desde su preámbulo, la CDN establece que la familia es el “grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. A su vez, el art. 5 dispone que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. De conformidad con ello, el art. 18 en su primer apartado suscribe que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño...”.

De la normativa convencional citada se desprende, sin hesitación, que el ejercicio de la responsabilidad parental como un derecho humano incluye el deber y derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas, como principales responsables de la crianza y el desarrollo del N. N. y A.

Esta dirección y orientación alcanza evidentemente la educación de los hijos y su formación religiosa.

La libertad religiosa ha sido definida como la capacidad o facultad que corresponde a una persona, como sujeto de derecho, para vivir y practicar su religión (conf. Berçaitz de Boggiano, Ana Lía, *Libertad religiosa del menor*, LA LEY, Buenos Aires, 2006, p. 3).

La libertad religiosa y la libertad de conciencia —junto con la libertad de expresión— constituyen los pilares de una sociedad democrática, y es obligación del Estado asegurar que no exista ninguna clase de interferencia o coacción, para que las personas puedan desandar los caminos de la finitud humana conforme a las creencias adoptadas o a la visión particular del mundo que tengan.

En este sendero, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional garantizan la libertad religiosa. Así, el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente,

tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. A su vez, el art. 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reza: “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”. En fin, el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

Estos mismos instrumentos internacionales reconocen que el ejercicio de la libertad religiosa comprende el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos educación y formación religiosa con arreglo a sus propias convicciones.

En tal sentido, el art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. El art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluye que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Similar disposición contiene el art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su art. 12.4 que “Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño alude al derecho a la educación y la libertad religiosa de N. N. y A. en los arts. 28/ 29 y 14, respectivamente. En lo que aquí interesa, el art. 29 indica que “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”. A su vez, el art. 14 prescribe: “1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

En el derecho español se ha discutido si el derecho de los progenitores de educar a sus hijos con arreglo a sus propias creencias religiosas o ideológicas es un derecho de los adultos o de los hijos. Un sector de la doctrina considera que se está en presencia de un derecho a la educación y a la libertad religiosa o ideológica de los hijos, que los progenitores o, en su caso, los tutores, ejercerían en su nombre y representación durante su minoría de edad, tratándose de un auténtico deber inherente a la responsabilidad parental o a la tutela. Así, se observa que “Si al enunciar este aspecto del derecho a la educación se atribuye la titularidad de estas facultades a los padres y tutores es porque de esta forma se abrevia la formulación jurídica de lo que aquí debe protegerse” (Martínez López-Muñiz, José Luis, “La educación en la Constitución española. Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza”, *Persona y Derecho*, vol. 6, 1979, p. 245). Estos autores parten de la idea de que la elección del tipo de enseñanza o de las creencias religiosas de N. N. y A. es una manifestación de la representación legal inherente a la responsabilidad parental o a la tutela, en el ejercicio de un derecho de la

personalidad del hijo que, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, no puede ejercer por sí mismo. Esta posición resulta inaceptable tanto en el derecho español como en el argentino, pues la representación legal es incompatible con el ejercicio de los derechos personalísimos.

Otro sector de la doctrina considera que se trata de un auténtico derecho de los progenitores y no del hijo. No obstante, dentro de esta posición doctrinal existen diversos planteamientos. Para algunos autores, constituye una manifestación de la libertad religiosa e ideológica (conf. Llamazares Calzadilla, María Cruz, “El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos: la llamada enseñanza de la religión”, en Llamazares Fernández, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, 1ª ed., Madrid, T. II, p. 102). Otros aluden al concepto de derechos educativos paternos que se justifica en la institución de la “patria potestad”, en los que se incluye el derecho de los progenitores a decidir sobre la formación moral y religiosa de los hijos, la elección de centro docente y el derecho a participar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos. Estos derechos no serían del hijo sino de los adultos, atribuidos en su propio interés, y no derechos reflejo del derecho a la educación ejercitados por los progenitores en interés del hijo en virtud de una verdadera representación (conf. Embid Irujo, Antonio, “El contenido del derecho a la educación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 31, 1981, p. 674).

Desde una postura intermedia o mixta —a la que adhiero— Asensio Sánchez sostiene que “este derecho de los padres a educar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones religiosas o ideológicas es un verdadero derecho de los padres y no del hijo. Además, la conceptualización como un derecho del hijo ejercido por representación paterna no tiene cabida en el derecho moderno en el que los derechos fundamentales, por su carácter inherente a la personalidad, no pueden ejercitarse por representación. Este derecho paterno formaría parte del contenido de la patria potestad y, en concreto, de los deberes educacionales inherentes a ella; participando de su carácter de función: derecho concedido para el cumplimiento de un deber. De este modo, el reconocimiento legal de este derecho/deber no sería, en principio, necesario por ser contenido específico de la patria potestad e inherente a su titularidad, pero su reconocimiento... tendría como finalidad facilitar a los padres el cumplimiento de sus deberes educacionales. Es precisamente su naturaleza de derecho/deber lo que justificaría, por un lado, su carácter de derecho subordinado a la efectividad del derecho a la educación del menor y, por otro, que la extinción o pérdida de la patria potestad implica la del derecho”. Ahora bien, “En su dimensión de derecho se ejercita siempre frente al Estado, nunca frente a los hijos, respecto a los cuales se trataría de un auténtico deber fundamental traducido en la necesidad de ejercitarlo teniendo siempre en cuenta su interés. Esta concepción, a nuestro juicio, es la única que permite conciliar el derecho de los padres a educar a sus hijos con arreglos a sus convicciones religiosas o ideológicas, con el derecho a la educación y libertad religiosa e ideológica del menor, en cuanto sujeto pleno de derechos fundamentales” (Asensio Sánchez, Asensio Sánchez, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 79 y, del mismo autor, “La patria potestad y la educación religiosa de los hijos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Europea de derechos Fundamentales*, N° 17, 2011, ps. 17/41, <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/viewFile/178/172>).

Es decir, el derecho de los progenitores de educar a sus hijos conforme sus propias convicciones es un derecho frente al Estado y los terceros, no frente a los hijos, respecto de los cuales se traduce en un deber que es preciso desempeñar teniendo en consideración su interés superior.

En los Estados Unidos existen numerosos precedentes en los que se ha resaltado el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos creencias acorde a su propia formación religiosa y siempre que no conspiran contra el interés de N. N. y A. Así, entre otros, resulta interesante destacar el caso “W. vs. Y.” del año 1972, en el cual la Corte Suprema apoyó la solicitud de los progenitores pertenecientes a la comunidad Amish de eximir a sus hijos de la educación obligatoria más allá del octavo grado impuesta por la ley.

El Tribunal fundó su resolución en la libertad religiosa y el derecho de los progenitores derivado de la responsabilidad parental y sugirió que las solicitudes de los progenitores carentes de contenido religioso explícito serían considerados con menor respeto. En este sentido, el fallo entendió que la educación informal que los Amish ofrecían a sus hijos en el hogar cumplía con los propósitos de la educación secundaria formal requerida por el Estado y señaló que “los valores y programas de la actual escuela secundaria se encuentran en profunda contradicción con el modo de vida pretendido por la religión amish... —y este tipo de escuela— conlleva una verdadera amenaza de socavar la comunidad amish y su práctica religiosa” (Supreme Court U.S.A., “W. v. Y.”, citado por Burt, Robert, *Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores*”, en Beloff, Mary —comp.—, *Derecho, infancia y familia*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 14). Un supuesto similar se planteó en España en el caso conocido como “Niños de Dios”, resuelto por la sala primera del Tribunal

Constitucional con fecha 03/10/1994, ante el recurso de amparo interpuesto por los progenitores que —por pertenecer a dicha orden religiosa— no tenían escolarizados a los hijos, en contra de la decisión de la Generalitat catalana que había declarado a los niños en desamparo ordenando su institucionalización. Tal resolución se basaba en el riesgo que podía representar para la salud física y mental de los niños su permanencia en una secta tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales. Dicha decisión fue confirmada por el Juzgado de primera instancia que tras centrar el problema jurídico en el alcance y límites de la responsabilidad parental y, en concreto, del derecho de los progenitores a educar y formar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones, consideró que cuando la educación impartida impida o limite sustancialmente el pleno desarrollo del niño nos encontraremos ante un inadecuado ejercicio de los derechos paterno-filiales y ante una posible situación de desamparo, presupuesto para la asunción de la tutela legal por la entidad pública competente. En este sentido, el tribunal razonó que la conducta de manipulación mental y anulación de toda capacidad crítica realizada por los progenitores provocó a los niños serias deficiencias en las áreas de socialización y autonomía personal.

La sentencia fue recurrida por ante la AP de Barcelona, que la revocó en todos sus términos. El Tribunal sostuvo que, a pesar de que la autoridad parental debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, determinar qué debe entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que solo puede precisarse caso a caso. Asimismo, puso de resalto la necesidad de respetar el derecho de los progenitores a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones. En su opinión, no existía prueba suficiente de que la comunidad “Niños de Dios” fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los niños se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso interpuesto por la Generalitat catalana, al considerar que la situación escolar planteada no justificaba la adopción de medidas administrativas de tutela, y sin pronunciarse sobre la situación de hecho descripta como violatoria o no del derecho fundamental a la educación. En este sentido, resolvió que “Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalitat sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni estos su derecho a ser escolarizados, pues los autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalitat no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables.

Solo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos” (TCE, 03/10/1994, RTC 1994\260, comentado por Roca, Encarna, Familia y cambio social (De la ‘casa’ a la persona), Civitas, Madrid, 1999, ps. 230 y ss.).

En este mismo sendero argumental se expresa la doctrina argentina, al señalar que los progenitores “en ejercicio de la responsabilidad parental... están precisados a proporcionar al menor algo más que el sustento material y tienen derecho a hacerlo, en principio, sin interferencias del Estado, porque la conservación de la especie va más allá de lo somático o físico, pues implica también la atribución de transmitir tradiciones, normas de conducta, principios de vida, y muchos otros valores más. De tal suerte, deben procurar que sus hijos logren una adecuada formación, puedan continuar si lo desean con el legado familiar y sus costumbres que, en general, son las que cada generación recibe, adopta, actualiza y forja en el presente y para el futuro. En todas estas cuestiones el rol del Estado ha de ser... básicamente neutral. Solo debe intervenir en aquellos supuestos que trascienden a la esfera externa e inciden sobre los derechos que el estado se comprometió a garantizar, aun cuando se trate del derecho que asiste a los padres de educar a sus propios hijos” (Benavente, María Isabel, “Las personas menores de edad y la libertad de conciencia, de creencias e ideología” en Solari, Néstor - Benavente, María Isabel —dirs.—, Régimen de los menores de edad, LA LEY, Buenos Aires, 2012, p. 119).

Claro está, este derecho de los progenitores de impartir a sus hijos una educación religiosa conforme a sus propias convicciones no solo debe ejercerse teniendo en cuenta su interés superior, sino que debe articularse con la opción religiosa de estos últimos; opción que puede oscilar —libremente— entre creer, no creer o cambiar la religión de sus progenitores, y que debe ser ejercida de acuerdo con su edad y grado de madurez (art. 5, CDN y art. 26, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Sin embargo, en el presente caso, dada la corta edad de T. —quien cuenta con solo tres años— esta opción debe descartarse, de modo que la decisión que se adopte no podrá tener en cuenta aún su opinión y deseo, sino que ponderará exclusivamente las posiciones de ambos progenitores.

V. Alcances del ejercicio de la responsabilidad parental: Equiparación de ambos progenitores en las

decisiones referidas a la crianza y desarrollo del hijo

En el marco del Cód. Civil (CC) derogado, las incidencias del tenor de la aquí debatida solían resolverse sobre la base de un mismo argumento: como regla, la decisión correspondía al progenitor que ejercía la “tenencia” del hijo.

En este entendimiento, se sentenció que “cuando media separación de los cónyuges o cuando los padres no conviven, quien tiene la iniciativa en la elección del establecimiento escolar es aquel que ejerce la guarda o tenencia, mientras que al otro le queda la posibilidad de objetar la decisión cuando esa fuera adoptada en forma abusiva o contraria a los intereses del menor (arg. art. 264, inc. 2° del Cód. Civil...). Ello, por cuanto la atribución del ejercicio genérico al progenitor que tiene a su cargo a los hijos, no significa para el otro un desplazamiento del ejercicio de su autoridad, pudiendo, y debiendo, comunicarse con su hijo, supervisar su educación, alimentarlo y aún llegar a oponerse a los actos abusivos o contrarios a la mejor conveniencia de los niños, que disponga en la vida cotidiana el progenitor ejercitante” (CNCiv., sala J, 19/04/2011, “P. M. c. D. C. J. C. s / Art. 250 CPC - Incidente Familia”, elDial.com - AA6AF1). En el mismo sentido, se subrayó que “el inc. 2°, del art. 264 del Cód. Civil prevé que el ejercicio de la patria potestad corresponde a aquel que ejerza la tenencia sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación. Es decir, quien tiene la guarda o tenencia legal, términos estos sinónimos para la ley, ejerce los actos cotidianos pudiendo el otro padre tener comunicación, supervisar la educación, oponerse. De ahí que se ha decidido... que el padre que ejerce la tenencia elige el colegio y al otro le queda la posibilidad de objetar la decisión, en caso de que considere abusiva la elección o que la misma fuere contraria a los intereses del menor. Sin embargo, el derecho de supervisar no faculta a codecidir los actos orientados a concretar el desarrollo pleno del menor, decisiones que se encuentran adjudicadas al padre ejerciente de la autoridad que ostenta la tenencia legal del hijo” (CNCiv., sala C, 31/05/2012, “G., D. G. c. G., F. A. s/ régimen de visitas”, R. 599.035. Ver también CNCiv., sala D, 19/06/1986, LA LEY, 1986-E-184; CNCiv., sala G, 30/07/1985, LA LEY, 1986-C-545; CNCiv., sala E, 27/11/2007, LA LEY, 2002-C-575; etc.).

El Cód. Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com. de la Nación) introduce importantes modificaciones con relación al ejercicio de la responsabilidad parental y la figura otrora conocida como “tenencia”, que ahora se denomina cuidado personal del hijo.

En primer lugar, el nuevo ordenamiento distingue tres figuras legales derivadas de la responsabilidad parental, a saber: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; c) la guarda otorgada por el juez a un tercero (conf. art. 640, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En segundo término, el art. 648 define al cuidado personal como “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”; mientras el art. 649 enuncia las clases de cuidado personal: el unilateral y el compartido.

A su vez, el art. 650 distingue las modalidades del cuidado personal compartido, el que puede ser alternado o indistinto. Y aclara que “En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Dicho esto, cabe observar que el cuidado personal del hijo es una derivación de la responsabilidad parental, de modo que aquel es un ejercicio de la responsabilidad parental acotado a la vida cotidiana del hijo o, en otras palabras, una suerte de ejercicio de la responsabilidad parental restringido (conf. Mizrahi, Mauricio L., Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos, Astrea, Buenos Aires, 2015, ps. 365 y 369).

La reforma que se introduce al antiguo sistema legal encuentra eco en la doctrina nacional, que desde hace varias décadas viene insistiendo acerca de la conveniencia de regular de manera explícita la por entonces llamada “tenencia compartida” (ver entre muchos otros, Grosman, Cecilia P., “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, LA LEY, 1984-B-806; de la misma autora, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., Nuevos perfiles del derecho de familia, Rubinzal Culzoni, 2006; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, “Pasos jurisprudenciales (dos firmes, otro no tanto) a favor de la guarda compartida. Una visión comparativa a través del nuevo derecho español e italiano en la materia”, JA, 2008-III-986; Hollweck, Mariana y Medina, Graciela, “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares”, LA LEY BA, 2001-1425; Oppenheim, Ricardo y Szylowicki, Susana, “Partir o compartir la tenencia. ¿Es posible

compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio?”, RDF N° 5, 1991, p. 73; Szylowicki, Susana, “Tenencia compartida solicitada por los padres”, RDF N° 15, 1999, p. 225; Polakiewicz, Marta, “El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres”, en Grosman, Cecilia —dir.—, *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 192 y ss.; Sirkin, Eduardo, “Tenencia compartida. Interés superior del niño”, *EIDial.com*; Zalduendo, Martín, “La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, LA LEY, 26/09/2006; Iñigo, Delia B., “Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida”, LA LEY, 1999-D-477; Basile, Carlos A., “El ejercicio de la autoridad de los padres: dualidad o unitarismo”, LA LEY, 2005-B-1065; Alles de Monasterio, Ana M., “Patria potestad. El superior interés del niño y la tenencia compartida”, ED, 185-103; Chechile, Ana María, “Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental”, JA, 2002-III-1308; etc.).

Tras superar una primera resistencia, la jurisprudencia fue acompañando esta tendencia doctrinaria, acogiendo favorablemente los acuerdos en tal sentido (ver CCiv 1ª, 05/05/1943, LA LEY, 30-834; ídem, 05/08/1946, LA LEY, 43-752; CNCiv., Sala D, 21/11/1995, “L. de A., M. C. y A., J. E”, LA LEY, 1996-D-678; ídem, sala F, 23/10/1987, “G., M. M. y otro”, LA LEY, 1989-A-94; CNCiv., Sala D, 21/11/1995, “L. De A., M. C. y A., J. E.”, LA LEY, 1996-D-678; ST T. del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 08/10/1997, LA LEY, 1998-F-569; CNCiv., Sala J, “P. F. E. y P., E. N. s/ divorcio”, 24/11/1998, ED, 185-102; CCiv y Com., Azul, Sala II, 04/06/2001, “T., C. A. c. M., J.”, LA LEY BA-2001-142; CNCiv., sala F, “C., E. E. c. D., L. P.”, 14/02/2002, JA, 2002-II-666; ídem, Sala H, 28/04/2003, “B.,H.R. c. G.,V.J. s/ div. art. 214 inc. 2º Cód. Civil”, RDF N° 25, 2003, p. 187; etc.).

Incluso, varios precedentes resolvieron imponer el cuidado compartido tal solución pese a la discordancia entre los progenitores (ver Trib. de Familia, La Plata, 23/12/2003, “H.,A. c. E.,M.”, RDF 2005-I; CCiv y Com, Azul, sala I, 08/05/2003, “De la C., A. R. c. P., M. R.”, LA LEY BA, 2003-998; CCiv y Com, Azul, sala II, 04/06/2001, LA LEY BA, 2001-1425; CNCiv., sala B, 28/11/2007, “O. J. M. c. V. M. P. s/tenencia”, *EIDial.com*; SCBA, 05/12/2007, “B. G. S. c. M.G., R.A. s/ Incidente de modificación de régimen de visitas”, *www.abeledoperrot.com*; Juz. Fam. N° 1, Mendoza, 24/02/2014, “B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia”, SJA 23/07/2014, Abeledo Perrot N°: AR/JUR/4912/2014; etc.).

Como se anticipó, el Cód. Civ. y Com. de la Nación se enrola en una tendencia que se impone en el derecho comparado y que ha merecido la aprobación de nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, cual es establecer como principio el cuidado personal compartido de los hijos. Tan es así que el art. 651 estipula como regla general que “A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

Esta regla ha sido consentida por ambos progenitores en el caso de autos, de donde surge que la Sra. L. M. se allanó expresamente el pedido formulado por el Sr. B. en el expediente conexo N° 39.983/2017 sobre la fijación de un régimen de cuidado personal compartido indistinto con residencia principal en el domicilio materno (ver fs. 1 de estas actuaciones).

El cuidado compartido —en sus múltiples variantes— implica la distribución equitativa entre ambos progenitores del goce de los derechos y el cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.

Este sistema permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura de la pareja. Pero, además, sus principales características y/o consecuencias de su implementación son las siguientes: a) Ambos progenitores son vistos como igualmente importantes en la vida y crianza de los hijos; b) Ambos progenitores comparten la responsabilidad en las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda) y normativas (educación, diferenciación y socialización); c) Los progenitores cooperan en compartir la responsabilidad y la toma de decisiones en la crianza de sus hijos; d) Los N. N. y A. pasan una cantidad significativa de tiempo con cada uno de los progenitores; e) Se garantizan mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias de la pareja.

Así lo ha considerado la jurisprudencia al subrayar que “Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, la pareja parental, pese al divorcio, debe actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos... Si el nuevo paradigma en las organizaciones familiares es construir nuevos ciudadanos, ‘respetar los derechos del niño no implica ir en detrimento de los padres,

existiendo un equilibrio entre su libertad educativa y representación, con la posibilidad de ejercer sus derechos de acuerdo con su edad. Se trata de una educación hacia la responsabilidad... Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol". El interés superior del niño "debe ser atendido y protegido por los progenitores a lo largo de la existencia del menor, entendiéndose que las acciones y responsabilidades derivadas de la relación paterno filial representan mucho más que el simple contacto físico derivado de la convivencia con el mismo... En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir. En su significación implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores. De tal modo, se avienta el preconceito existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente" (del voto de De Lazzari en SCBA, 05/12/2007, "B. G. S. c. M. G., R.A. s/ Incidente de modificación de régimen de visitas", www.abeledoperrot.com).

En la misma línea de razonamiento se decidió que "El régimen de tenencia compartida o alternada es mucho más que distribuir la residencia del niño en forma igualitaria o aritmética entre los padres. Requiere de una modalidad de relación entre los padres que garantice el ejercicio de la coparentalidad..., que C. pueda sentir que ambos padres siguen siendo responsables de ellos y que no es beneficioso que sus padres litiguen toda la vida para ganar juicios en su nombre, sino que respeten sus derechos fundamentales" (Juz. Fam. N° 1, Mendoza, 24/02/2014, "B., M. L. c. L., M. B. s/ tenencia", SJA 23/07/2014, Abeledo Perrot N°: AR/JUR/4912/2014).

Con similares alcances se entendió que "El estudio pormenorizado de las farragosas actuaciones cumplidas en este proceso y sus acollarados me lleva a la convicción que ambos progenitores, en una postura que respetuosamente califico de huera de objetividad y con base en un exacerbado egoísmo, en un evidente 'pase de facturas', han descuidado el interés mayor del niño, que se traduce en la necesidad de garantizarle su contacto regular con ambos ya que el quiebre de la unión parental no debe impactar en el desarrollo de funciones primordiales ya que son independientes y refieren a dos ámbitos personales diferentes en su composición y dinámica... No veo entonces que ninguno de ambos progenitores se vea disminuido en su aptitud a los fines de llevar adelante —con las limitaciones propias que cada uno de los seres humanos tenemos— con responsabilidad y denuedo, sus respectivos roles naturales; y como contratara, tampoco que alguno se vea por encima del otro respecto a lo que les es propio e indelegable en la guarda del vástago, en una disputa que a la luz de todo lo meritado, aparece francamente como estéril..." (CNCiv., sala G, 29/09/2014, "R. L. N. G. c. N. W. A. C. s/ tenencia de hijos", elDial.com - AA8B4F).

El cuidado compartido constituye, pues, la alternativa que en mayor medida garantiza el interés superior del niño, y así resulta de la propia CDN, conforme lo normado por los arts. 9.3 y 18.1. El primero expresa que "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". El segundo afirma que "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

En este orden de ideas, se ha sostenido que "Las normas legales y la disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño son claras al establecer que en principio el niño tiene derecho a que ambos padres participen en la elaboración de su plan de vida..." (Di Lella, Pedro, "El ejercicio de la patria potestad de padres no convivientes", en Kemelmajer de Carlucci, Aída —dir.—, *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009. ps. 261/262*).

Fuera del plano jurídico, existen razones de peso desde la perspectiva psicológica que refuerzan los argumentos favorables al cuidado compartido de los hijos como principio tras la separación de los progenitores.

En tal sentido, los especialistas hablan de la importancia de fortalecer a partir de la ley el proceso de disociación instrumental y funcional entre pareja conyugal y pareja parental necesario en toda etapa de divorcio, de manera de reafirmar que la separación solo afecta al primer aspecto mencionado. Solo así podrá desecharse la antigua concepción del divorcio como un hecho extraordinario, patológico y traumático e incluirlo en la evolutiva familiar como un proceso posible dentro de la vida conyugal (Bikel Rosalía, "Vicisitudes de la responsabilidad parental a partir del proceso de divorcio. Tenencia y régimen de visitas", RDF N° 26, 2002. ps. 26 y ss.).

En el plano psicológico, entonces, desde la óptica de los adultos involucrados, el régimen de cuidado compartido es "inclusivo" y no "excluyente": permite el reconocimiento de cada progenitor en su rol parental,

fortaleciendo sus funciones en la crianza del niño y favoreciendo —aunque más no sea por mandato judicial— la interrelación y comunicación permanente entre los progenitores.

Como anticipé, del art. 651 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se desprende el énfasis que el legislador ha querido dar a la crianza compartida de los hijos, más allá de que finalmente se incline por dar preponderancia a la modalidad indistinta que implica la residencia principal del niño con uno de sus progenitores.

Esta regla, fortalecida en autos por el acuerdo que —como dije— existe entre los progenitores de T., permite reafirmar la equiparación de la posición de ambos en la toma de decisiones relativas a la crianza y desarrollo de su hijo.

VI. Desavenencias entre los progenitores sobre la educación y formación del hijo: El interés superior del niño como pauta rectora

El art. 642 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que “En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación”.

Como bien se ha dicho, la norma, que reconoce su origen en el art. 264 ter del Cód. Civil derogado, “comprende —con total amplitud— cualquier acto relativo al desenvolvimiento de la vida de los hijos, como podría ser la elección del establecimiento escolar al que han de concurrir, si se les imparte o no educación religiosa, sus tratamientos clínicos, intervenciones quirúrgicas que se aconseja practicarles, traslados dentro del interior del país, el tipo de instrucción que han de recibir, sus vacaciones y esparcimientos, etcétera” (Mizrahi, Mauricio L., *Responsabilidad parental...*, cit., p. 277).

El caso de autos resulta una de las múltiples situaciones comprendidas dentro de la previsión del art. 642 citado, pues aquí se debate la elección del establecimiento escolar al que habrá de asistir T. en íntima relación con su formación religiosa.

En nuestra jurisprudencia y la jurisprudencia comparada, se han elaborado criterios a lo largo de los años para resolver las discrepancias entre los progenitores sobre la educación y formación religiosa de los hijos.

Uno de los criterios mayormente aceptados se basa en la continuidad de la formación religiosa, alegándose la necesidad de evitar el impacto negativo del cambio de orientación, sobre todo si el niño ha sido educado en una religión concreta por un tiempo determinado.

Así fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto “R. c. España”, del 19/02/2013. En el caso, el progenitor reclamaba el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental en el tema educativo al denunciar que la madre había inscrito a la hija común de 10 años en cursos de catequesis sin acuerdo previo. Alegaba que correspondía a la hija, cuando fuera mayor, decidir si deseaba adherirse a una confesión religiosa. Las instancias nacionales rechazaron la pretensión del padre, decisión que fue ratificada por el TEDH, atendiendo al consentimiento tácito del progenitor, al criterio de la continuidad y a la opinión manifestada por la propia niña (compulsar [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001—117411%22\]}}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001—117411%22]}})).

Según el español Rivero Hernández la regla de la continuidad es un sencillo criterio objetivo en la determinación del interés del niño. Con este criterio se trata de mantener, en lo posible, el status quo del niño, a quien conviene, salvo que razones serias aconsejen otra cosa, mantener cierta estabilidad en su situación personal, en lugar de una alteración familiar, física o psíquica (conf. Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 134). En el mismo sentido, Ramírez Navalón afirma que “en caso de conflictos en el ejercicio de la patria potestad relativos a la formación religiosa del menor, el juez debería otorgar la facultad de decidir al progenitor que asegure la continuidad en la educación en la que el menor estaba siendo educado. Consideramos que la aplicación por los Tribunales del criterio de la continuidad, en estos casos, es el más acorde con el interés del menor; ya que le aporta la estabilidad necesaria en su formación y podría evitar, al mismo tiempo, la excesiva judicialización de las decisiones relacionadas con su educación” (Ramírez Navalón, Rosa María, “Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores”, en *Rev. boliv. de derecho* n° 19, enero 2015, ps. 142/163, compulsar en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4904981.pdf>).

Este criterio ha sido desplegado por la jurisprudencia argentina en múltiples ocasiones a fin de determinar el

cuidado personal del hijo. Pero, además, se ha invocado esta regla en cuanto al tema que nos ocupa, al sostenerse que “en todas las situaciones que tienen como protagonistas a los menores es necesario buscar, además del interés de estos, una solución que implique una cierta estabilidad —aunque no inmutabilidad— que posibilite su buen desarrollo emocional, encuadre en una realidad más allá de lo afectivo y que requiera condiciones extremas que la resguarden, afirmen y aseguren. Ello así en tanto el entorno de un niño consiste en su vida familiar, escolar y social y cualquier desequilibrio en este sistema exige una nueva adaptación de su parte, alternativa que, necesariamente, debe ser mejor o igual a la anterior a efectos de evitar que se vea perjudicado” (CNCiv., sala C, 31/05/2012, “G., D. G. c. G., F. A. s/ régimen de visitas”, R. 599.035).

Sin embargo, el criterio de la continuidad no resulta hábil para resolver el caso de autos en tanto T. no ha iniciado su educación formal; ni siquiera se ha efectivizado la medida cautelar dictada por la suscripta ordenando su concurrencia al ciclo inicial no obligatorio. Siendo así, mal puede hablarse de un proceso de continuidad educativa.

Es cierto que T. permanece más tiempo en compañía de su progenitora, y se infiere de ello que probablemente reciba una mayor influencia formativa religiosa de la Sra. L. M. y de la familia materna, pero tal circunstancia por sí sola no es suficiente para hablar de continuidad de la educación religiosa de un niño que tiene hoy tres años y ha transcurrido, lamentablemente, la mitad de su vida inserto en el litigio judicial de sus progenitores por cuestiones varias, una de ellas la que hoy me toca decidir.

Otro de los criterios aplicados por la jurisprudencia nacional y extranjera para decidir sobre la educación religiosa de los hijos se vincula con el proyecto inicial de la pareja, asignándole una especie de carácter vinculante para el futuro. Se habla así de una suerte de coherencia con el propio comportamiento (ver Asensio Sánchez, Miguel Ángel, “La patria potestad y la educación religiosa de los hijos...”, cit.).

De este modo, si una familia se origina en un determinado contexto religioso (por ejemplo, la celebración de un matrimonio religioso), existiría un compromiso implícito de educar a los hijos en esa fe entonces compartida, por lo que el posterior abandono de la fe común por parte de uno de los progenitores no habilitaría a modificar unilateralmente ese acuerdo previo (conf. CNCiv., sala A, 06/09/1963, ED, 5-618 y LA LEY 113-514). Esta postura se refuerza si los hijos hubieran sido iniciados en la religión originariamente compartida (por ejemplo, bautizados, circuncidados, etc.).

En el mismo sentido se resolvió en otros precedentes —citados por la Sra. L. M. en su presentación inicial—. En un fallo de la sala E de la Cámara Nacional en lo Civil del año 1981, frente a un pedido de “guarda” incoado por el progenitor que alegaba que la madre de los niños pretendía introducir a sus hijos en la creencia de los “Testigos de Jehová” pese a que habían sido bautizados e iniciados en la fe católica, se sostuvo que uno de los progenitores “no puede decidir, en forma unilateral, la educación de sus hijos en una religión diferente de la que tenían ambos padres al celebrar el matrimonio y, mucho menos, imponer el cambio de la religión en que los menores fueron educados en los primeros años de su vida”. A tenor de ello, se resolvió otorgar el cuidado de los niños al padre, “no porque la religión católica sea la verdadera, sino precisamente porque ese era el credo de ambos padres y en él fueron educados hasta no hace mucho los menores” (citado por Lo Prete, Octavio, “La libertad religiosa del menor en el derecho argentino”, disponible en <http://www.calir.org.ar/pubrel5.htm>).

Con similar criterio, la sala G de la citada Cámara decidió prohibir a la madre que ostentaba el cuidado personal de su hija menor de 5 años enviarla a un colegio no religioso, bajo el argumento de que durante la convivencia ambos progenitores profesaban la religión judía y, en especial, que al divorciarse habían acordado que educarían a la niña en dicha creencia. En su dictamen, el Asesor de Menores de Cámara señaló que “la verdadera libertad religiosa se alcanza a través de una adecuada formación en las épocas en que la persona está desarrollando su inteligencia y voluntad; por lo tanto, la enseñanza religiosa de una niña de corta edad, en un colegio que respete ciertas tradiciones judías que las partes vivieron en su convivencia matrimonial, parece la más prudente por ahora; al menos hasta que la menor tenga un mayor discernimiento y pueda expresar sus deseos respecto de sus creencias” (citado por Lo Prete, Octavio, “La libertad religiosa del menor...”, cit.).

Sin embargo, este razonamiento no siempre fue compartido por la jurisprudencia.

En la experiencia comparada, dentro de los precedentes más relevantes en este sentido, corresponde mencionar el asunto “Hoffman c. Austria” resuelto por el TEDH con fecha 23/06/1993. En el caso, la progenitora se había convertido a la religión de los “Testigos de Jehová” después de celebrado el matrimonio. Tiempo más tarde, se separó de su marido, llevándose a sus dos hijos. Decretado el divorcio entre las partes, el juzgado de primera instancia otorgó el cuidado personal de los niños a su madre, sentencia confirmada por la alzada. El Tribunal Supremo de Austria hizo lugar al recurso deducido por el padre subrayando que “la madre

abrazó una nueva fe cambiando unilateralmente la posición asumida en forma conjunta al momento de la celebración del matrimonio; ... la nueva religión margina socialmente a los hijos (no se permiten transfusiones de sangre, no se festejan las Navidades, no se rinde homenaje a los signos patrios, no se practica la tolerancia religiosa)". El TEDH estimó que la negación del cuidado de los hijos a la madre por profesar tal religión constituía una injerencia arbitraria en la vida familiar incompatible con una sociedad democrática y pluralista en que los derechos de las minorías deben ser respetados. Como puede observarse, el Tribunal puso en conexión directa el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos, es decir, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, con el art. 9 del mismo cuerpo normativo, referido a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el art. 14, relativo a la prohibición de ningún tipo de discriminación. En este sentido, consideró que la apelación del Tribunal Supremo austríaco a la mencionada ley sobre educación de la infancia, alegando el menoscabo social, lindante con la marginación, en el que podría incurrir la madre al someter a sus hijos a una obligada adscripción religiosa a un grupo confesional minoritario, no puede sostenerse jurídicamente desde ninguna interpretación, dado que la pertenencia o no a un grupo confesional determinado, minoritario o no, forma parte de la inviolable libertad personal a la que se refiere el art. 9 del convenio cuando ampara la libertad de pensamiento, conciencia y religión, incluyendo el derecho, preciso para este caso, a "cambiar de religión o de convicciones" (disponible en <https://hudoc.echr.coe.int>).

También nuestro Máximo Tribunal se mostró reacio a sostener el criterio del respeto absoluto del proyecto inicial religioso de los progenitores, al revocar la sentencia de la sala G de la Cámara Nacional en lo Civil antes citada, dejando sin efecto la modificación del cuidado personal otorgado a favor del padre por la pertenencia de la madre a la religión de los "Testigos de Jehová". Para así decidir, la Corte afirmó que el pronunciamiento de la instancia anterior había tomado en cuenta hechos eventuales y no se fundó en conductas exteriores jurídicamente relevantes sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19, CN), y que no se había investigado la situación de ambos progenitores ni la atención de los niños (conf. CSJN, 03/09/1983, "S., R. E. c. S. de S. J. E.", citado por Benavente, María Isabel, "Las personas menores de edad...", cit., p. 138).

El criterio del proyecto inicial de la pareja, en el que implícitamente fundan sus respectivas posiciones las partes en este proceso y en las actuaciones conexas, asignándole una especie de carácter vinculante para el futuro, desconoce algo esencial: las personas cambian y tienen derecho a hacerlo. Las creencias religiosas no son necesariamente estáticas; por el contrario, son dinámicas, y el derecho a modificarlas constituye un aspecto de la libertad religiosa y de la más amplia libertad de intimidad reconocida en el art. 19 de nuestra Carta Magna.

Reitero, en el caso de autos, los progenitores contrajeron matrimonio siendo muy jóvenes —con 22 y 25 años, respectivamente—, convivieron solo dos años y medio años y cesaron su relación cuando T. tenía menos de 1 año (ver fs. 3 y 17 vta., expte. N° 84.860/2016). Cualquiera hubiera sido el proyecto inicial de la pareja en cuanto a la formación de sus hijos, ambos gozan de plena libertad de modificar estas creencias, ideas o propósitos originales siempre, claro está, que sus nuevas convicciones no afecten el interés superior de T.

En fin, un último criterio que podría sintetizarse como una intención de absoluta neutralidad por parte del Estado, se visualiza en sendos precedentes donde los magistrados han optado por soluciones tendientes a garantizar la no prevalencia del credo de uno de los progenitores por sobre el otro en la formación del hijo.

Así, en un fallo se decidió que, dadas las discrepancias entre los progenitores sobre la formación religiosa de su hija, debía admitirse que la niña recibiese educación de parte de los dos, pues "permitir que ambos progenitores den educación religiosa conforme a sus creencias, facilita 'una circulación lo más amplia posible, en ambos contextos parentales, asegurándole a la niña la mayor diversidad de opciones educativas y religiosas'", evitando "un camino prefijado". (Juzg. Fam. n° 3, La Plata, "T. G. D. c. I. R. E. s/ alimentos", causa N° 119061, citado por Navarro Floria, Juan G., "La educación religiosa de los niños y su propia libertad", Revista de Derecho (UCUDAL). 2da época, año 13, N° 16 (dic. 2017), disponible en <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/1477/1479/>). Al confirmar esta decisión, el tribunal de alzada resaltó que "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo de su hijo, debiendo ser su preocupación fundamental atender el interés superior del niño... No se trata en el caso de dejar librado a la voluntad de J. —de 4 años de edad— que es lo conveniente para su vida, sino, simplemente de fijar como límite de las decisiones de los adultos que tienen a cargo su crianza, respetar el interés superior de quien también tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a la educación, al juego y a una vida social acorde a su edad (art. 14, 27, 28, 29 CDN, art. 75 in 23, CN; 36 inc. 2; CP)... El marco de la educación moral y religiosa no puede contraponerse con la obligación de los padres de brindar a sus hijos educación y garantizar su derecho al esparcimiento y vida social acorde con su edad, doct. art. 14, 31 CDN" (Cam. 1° Civ. y Com. La Plata, sala II, 17/05/2017, "T. G. D. c. I. R. E s/ alimentos", AR/JUR/25047/2015).

Guiado por este mismo criterio de neutralidad, en otro precedente se resolvió que “El art. 12 in 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Sin embargo, dicho precepto no puede ser interpretado en forma aislada sino a la luz de la Convención de los Derechos del niño, en primer lugar; y de la ley 26.061 y el Cód. Civil y Comercial en segundo... ‘De ninguna manera podrán aquellos decidir que reciba compulsivamente credo. El derecho de los padres, por ende, es guiar, pero no imponer. La CDN no autoriza a los padres a imponer creencias a ninguna edad del niño’. La Ley 26.061 reconoce al niño el derecho a tener sus propias creencias y culto religioso (art. 19 in a) y el deber de los padres de respetar las garantías que asisten a los hijos (arts. 3, 7, 10, 15, 19), y determina el criterio de la capacidad progresiva... Tienen derecho a la libertad, derecho que comprende, entre otros: tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos, pero con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico... no es C. con sus escasos 6 años quien debe decidir qué hacer en cada caso, sino sus padres, pero, toda decisión que lo involucre si deberá estar guiada por su ‘superior interés’, aquel que atienda a sus necesidades reales en el marco concreto de su desenvolvimiento integral. Por ello ambos padres podrán guiar a su hijo de acuerdo con sus propias convicciones y en línea a la religión que cada uno profesa, pero, de modo alguno pueden imponerla ni cercenarle ninguno de sus derechos”. A la luz de los argumentos expuestos, la magistrada actuante dispuso “Instar a ambos progenitores a que respeten el interés superior de C en todas las áreas y aspectos de su vida, de manera que no le ocasione perjuicio alguno ni esfuerzo de sobre adaptación a caminos que se le muestren excesivamente rígidos en la enseñanza que cada uno le brinda, en especial en cuanto a las distintas creencias que cultivan cada uno de ellos. Podrán guiar a C, pero de ninguna manera podrán aquellos decidir que reciba compulsivamente su credo” (Juzg. Fam. N° 1, Tigre, 11/09/2017, “C., G. S. c. C., M. G. s/ comunicación con los hijos”, eDial.com - AAA1E).

En definitiva, descartados los criterios absolutos precedentemente esbozados, será el interés superior del niño el principio rector a la hora de decidir el establecimiento educativo al que asistirá T.

Como anticipé, al igual que ocurre con el resto de las cuestiones atinentes al ejercicio de la responsabilidad parental, el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos educación religiosa debe ser compatible con su interés superior.

En este sentido, merece recordarse lo resuelto por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 141/2000, del 29/05/2000, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por el progenitor contra una sentencia de la AP de Valencia que había impuesto ciertas restricciones en el régimen de comunicación. El Tribunal sostuvo que “los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar... Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño... En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el ‘interés superior’ de los menores de edad...” (compulsar <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4125>).

Ahora bien, la vaguedad e indeterminación de la cláusula del interés superior del niño contenida en el art. 3 de la CDN, ha despertado una fuerte labor interpretativa por parte de doctrinarios, magistrados e, incluso, proveniente de resoluciones internacionales (como la Opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y de legislaciones locales.

Así, por ejemplo, el art. 3 de la ley 26.061 define al interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, debiéndose respetar —entre otras pautas— su condición de sujeto de derecho (inc. a), su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b), el respeto al pleno

desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c), y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia (inc. f).

Tal como afirma Grosman, el concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (conf. Grosman, Cecilia P., “Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño”, LA LEY, 1993-B-1095).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la citada Opinión Consultiva 17/2002, señaló que el interés superior del niño debe ser entendido “como la premisa bajo la cual debe interpretarse, integrarse y aplicarse la normativa de la niñez y la adolescencia... Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Constituye, pues, “el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”.

En estos términos resulta evidente que el principio del interés superior del niño no puede ser considerado en forma abstracta, sino que debe determinarse en función de los elementos objetivos o extrínsecos (contexto social, familiar, cultural, etc.) y subjetivos o intrínsecos (edad, salud, personalidad, deseos y necesidades del niño) propios de cada caso en concreto.

Así se ha señalado, que al interpretar el interés superior del niño “hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se determina dónde se sitúa el interés superior del niño ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del niño y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean” (Herranz Ballesteros, Mónica, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 53).

En este sentido se ha expresado con claridad la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sendos precedentes. Así, en el caso “A. R. y N. vs. Chile”, del 24/02/2012, el Tribunal sentenció que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”, y “que al ser, en abstracto, el ‘interés superior del niño’ un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la personal” (párr. 109 y 110, publicado en www.corteidh.or.cr/).

Es preciso, entonces, determinar cuál es el interés superior de T. en orden a su educación y formación religiosa. Para ello debo decidir cuál de las dos instituciones educativas propuestas por los progenitores resulta más adecuada para la satisfacción integral de sus derechos en el marco de constantes desintelencias entre los adultos que impactan contra el bienestar y la tranquilidad que merece un niño de 3 años.

Ambos progenitores proponen la asistencia del niño a escuelas de la colectividad judía, donde se respeten las creencias y tradiciones propias de la religión. Ambos profesan la religión judía, respetan y celebran las festividades más importantes, y coinciden en que su hijo sea educado bajo tales preceptos.

La diferencia entre los progenitores se centra en los alcances de esta educación, pues la madre pretende que sea ortodoxa y el padre se resiste a ello.

En tal sentido, es claro que el colegio Y. T. sugerido por la Sra. L. M. es ortodoxo, pues así lo afirma la misma institución en el informe obrante a fs. 156 al decir que “es un establecimiento educativo ortodoxo en tanto respeta los preceptos judaicos y que son transmitidos a sus alumnos más no se exige un uso determinado de vestimenta ni los grupos de alumnos están separados por su género”. “La kipá no es de uso permanente obligatorio, sino que es utilizado para determinadas actividades, al igual que el resto de los materiales solicitados”. Sin embargo, de la guía informativa para padres que proporciona el mismo colegio a fs. 167/173,

surge que el uniforme consta de kipá para los varones y pantalón o pollera larga azul —que llegue hasta las rodillas— para las mujeres. Entre las cuestiones que merecen destacarse, se aclara que “solo se repartirán tarjetas de cumpleaños con la autorización del Rabino de la escuela y luego de haber llenado el formulario correspondiente”. El establecimiento observa la alimentación kosher, aclarándose que “todos los alimentos y/ o golosinas que los alumnos traigan a la escuela deberán tener el sello Kashrut correspondiente, de lo contrario no podrán ser consumidos dentro de la misma”.

En el informe de fs. 102/104, el colegio Y. T. señala que “En relación con los días festivos, al igual que todas las escuelas de la red judía, los dos primeros días de las pascuas judías y los dos últimos no se dictan clases”. Tampoco se dictan clases en Shabuot, Rosh Hashaná y Iom Kipur, ni los dos primeros y los dos últimos días de Sucot. Se agrega que “durante la jornada se reserva un momento que está dedicado a agradecer a Dios por toda su bonanza y las cosas que nos ‘regala’ día a día”.

Compulsando la página web de la institución, se advierte que las normas de vestimenta, conducta e integración de los grupos se vuelven más rigurosas en la instancia de la educación secundaria. Por ejemplo, con relación a la vestimenta, se aclara que “En el colegio se preservan las normas tradicionales judías respecto de la vestimenta (“Tzeniut”). Es obligatorio, tanto para varones como para mujeres, el uso de la remera o camisa celeste con el logo del colegio durante toda la jornada escolar, incluyendo el horario de Tefilá. Las mujeres, además, deben usar la pollera del colegio respetando las normas de Tzeniut. —Mujeres: Las polleras del colegio deben tener un largo mínimo por debajo de la rodilla. El largo de las mangas debe llegar hasta el codo. No se podrán usar escotes ni transparencias... —Varones: Deben usar Kipá permanentemente... Todas estas normas rigen durante toda la jornada escolar. En el momento de tomar lista, se verificará el cumplimiento de estas normas. Estas pautas rigen también en los períodos de exámenes. A los alumnos que se presenten sin el uniforme reglamentario se les permitirá el ingreso, por razones de seguridad. Sin embargo, no se les consignará presente ni se les tomará exámenes. Lo mismo ocurrirá si se modifica el largo de la pollera durante la jornada escolar. La reiteración en el incumplimiento de estas normas estará sujeta a sanción severa”. Las mujeres y varones permaneces separados, tan es así que se disponen horarios diferentes para el rezo inicial de la mañana: “La tradición judía nos enseña a agradecer a Dios cada mañana por la renovación del milagro de la vida. La Tefilá es la actividad inicial del día y precede a cualquier otro quehacer estudiantil o laboral. En Y. T. el día comienza con la oración matutina, cuyo horario de inicio es 7.30 para los varones y 7.45 para las mujeres. Este espacio es obligatorio tanto para varones como para mujeres, por razones educativas”. Las fotografías subidas a la red muestran a mujeres y varones por separado y todas las indicaciones están diferenciadas según el sexo. (Información extraída de https://www.yeshuruntora.edu.ar/moodle/pluginfile.php/6823/block_html/content/GU%C3%8DA%20INFORMATIVA%202018%20compulsada%20el%2021%2F10%2F2018).

Menciono esta circunstancia, pese a la corta edad de T., porque permite comprender los alcances del proyecto educativo de la institución.

Por su parte, el colegio M. B., según surge del informe de fs. 109, “es una institución judía que no depende de un templo, con una orientación humanista, tradicionalista y pluralista. Trabajamos con los niños acerca de las costumbres y valores de las principales festividades. No se dictan clases en aquellas festividades o día santo que están indicadas por la entidad central AMIA, a saber: Pesaj, Shavuot, Rosh Hashaná, Iom Kipur, Sucot, Shmini Hazeret y Simjat Torá. Las niñas y los niños forman parte de un mismo grupo... Ambos usan el uniforme escolar que consiste en una chomba y buzo... y pantalón de jogging. La comida no es casher, pero los niños cuyas familias lo desean pueden traer su propia vianda. El porcentaje es un 5% de la población escolar. No se reza en la escuela, solo se dicen las bendiciones del recibimiento del sábado— shabat”.

De la información brindada por ambos establecimientos escolares, conforme sus propias definiciones, se desprende que se trata de colegios judíos, y no en el entendimiento que pretende deslizar la Sra. L. M. a fs. 75 cuando dice: “¿Si no hay enseñanza religiosa de ningún tipo por qué llamarla ‘escuela judía’?”

¿O acaso se afirma que ser judío es una cuestión racial? Así la propuesta de M. B. que se pretende hacer es igual a enviar al niño a una escuela laica a la que asistan judíos, es decir a una escuela no judía” (SIC).

El colegio M. B. no es un establecimiento laico. Es una escuela de la colectividad judía donde se respetan las creencias, tradiciones y valores propios de la religión, no se dictan clases en las festividades más importantes (al igual que ocurre en la escuela Y. T.), y se dicen las bendiciones del recibimiento del shabat. Bajo ningún parámetro podría calificarse tal educación como laica pues se transmiten creencias, principios, valores y ritos propios de la religión judía. La existencia o no de una asignatura obligatoria vinculada estrictamente con la enseñanza religiosa y la circunstancia de que no se rece en el establecimiento escolar no obsta esta conclusión.

En definitiva, sea cual fuera la decisión que aquí se adopte, T. recibirá una educación conforme a las creencias, tradiciones, valores y principios de la religión judía; no solo porque asistirá a un establecimiento que respete dichos preceptos, sino porque es criado en el marco de una familia que practica la religión. Sus progenitores, principales modelos y referentes en la vida del niño, serán quienes le transmitan sus convicciones, ejerciendo un derecho fundamental que —como anticipé— titularizan en el marco de la responsabilidad parental.

La diferencia entre ambos centros educativos es clara: mientras la escuela Y. T. —conforme sus propios dichos— es ortodoxa, la escuela M. B. no lo es. Claro está, tal diferencia es trascendente y me impone tomar la decisión que a tenor de los preceptos convencionales citados en el considerando IV) garantice el interés superior de T. respetando las convicciones religiosas de ambos progenitores.

Entiendo que, entre las opciones planteadas, aquella mejor se ajusta al interés del niño es la concurrencia al colegio M. B., no por considerar que la propuesta educativa y religiosa de esta institución sea mejor que la del colegio Y. T. —esta opinión tan personal solo podría estar en cabeza de los progenitores— sino porque como magistrada debo aplicar los principios emergentes de nuestro bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

En tal sentido, comparto lo señalado por la Sra. Tutora ad litem en orden a que la asistencia al colegio M. B. es la menos condicionaría la elección que en el futuro deberá hacer T. en el marco de su propia libertad religiosa.

Esta conclusión se sustenta en lo normado por los citados arts. 14 y 29 de la CDN. En el art. 14 se alude al necesario respeto del derecho de los progenitores de guiar al niño en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión conforme a la evolución de sus facultades. De la expresión “guiar” se deduce —como adelanté— que más allá del derecho que titularizan los adultos en el marco de la responsabilidad parental, la función de los progenitores es instrumental respecto del ejercicio del derecho a la libertad religiosa del niño (conf. García Vilardell, María Rosa, “El derecho a determinar la formación religiosa y moral de los hijos: reflexiones en torno a su titularidad”, en Vallés, Antonio —dir.—, La protección del menor, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 251). Su función es la de acompañamiento, con el objetivo de garantizar al niño el ejercicio de este derecho en forma gradual y progresiva conforme su madurez y desarrollo. Nótese, por su parte, que el art. 29 de la CDN destaca que la educación del niño deberá estar encaminada a prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre.

En definitiva, por todo lo expuesto, estimo que T. deberá asistir al colegio M. B.. Como anticipé en la resolución de fs. 34/35, dado que esta decisión se inclina por la opción planteada por el Sr. B., el pago de la institución estará a cargo del progenitor.

Sin perjuicio de ello, habré de imponer dos limitaciones. Por un lado, al igual que se dispuso a fs. 34/35, a fin de respetar las convicciones de la madre, dada la falta de oposición del progenitor en este aspecto, y con el objeto de evitar mayores desavenencias que conspiran contra el bienestar y tranquilidad de T., se hará saber a las partes y al establecimiento elegido que deberá respetarse la alimentación kosher del niño, imponiendo que lleve su propia vianda. Por otro lado, aclaro que la presente resolución se dictará como medida cautelar y solo para la educación inicial de T., ante la necesidad de respetar el derecho del niño a ser oído —y el deber que a la suscripta se impone en este sentido— previo a resolver acerca de su educación primaria.

IV. Por estas consideraciones y oído el Sr. Defensor de Menores e Incapaces a fs. 81/88, como medida cautelar, resuelvo: a) Que el niño T. E. B. concurra durante el ciclo educativo inicial, es decir, jardín y preescolar, a la escuela M. B., debiendo el Sr. J. E. B. asumir el pago de la cuota, matrícula y otras actividades propias de dicha institución educativa; b) Hágase saber a los progenitores y al establecimiento indicado que deberá respetarse la alimentación kosher del niño, imponiéndose que lleve su propia vianda. A tal fin, líbrese oficio; c) En atención a que ambas partes pudieron considerarse con derecho a peticionar como lo hicieron, y dado que la decisión que aquí se adopta se justifica en el interés del niño, se imponen las costas en el orden causado y las comunes por mitades (conf. arts. 68 y 69, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En consecuencia, régulense los honorarios de la Sra. A. M. C. por su intervención en esta incidencia en 25..., equivalente a la suma de cuarenta y dos mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$42.875) (conf. arts. 16; 19 y cc., ley 27.423. d) Notifíquese a las partes, a la Sra. Tutora ad litem y al Sr. Defensor de Menores en su despacho. — María V. Famá.