

LOS DERECHOS PARENTALES EN EDUCACIÓN EN EL CONTEXTO REGIONAL AMERICANO +

Tomás Henríquez C.*

¿En qué consiste la prerrogativa de los padres en la educación de sus hijos? ¿Tienen derecho a controlar el contenido educacional que reciben en las escuelas? Y si la respuesta a lo anterior es afirmativa, ¿Cómo es que se ejerce dicho derecho en el contexto del sistema escolar moderno que se caracteriza por su creciente pluralismo y diversidad en cuanto a las cosmovisiones y filosofías de los padres que se valen de él, y de los compromisos político-ideológicos del Estado? La respuesta a estas y otras interrogantes se vuelve cada más relevante en tiempos en que las comunidades políticas se encuentran más y más divididas en torno a la manera en que los individuos –y más aún, las familias– conciben la idea del buen vivir y del propósito de la educación de los niños.

Este documento examina la cuestión de los derechos parentales en la educación desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Sostenemos que, debidamente interpretado, la normativa internacional de derechos humanos aplicable a la generalidad de los Estados Americanos exige del Estado deferencia a favor de los padres en orden a permitir que ellos tengan, en general, el poder decisorio final sobre los contenidos educativos que recibirán sus hijos, cuando estos abordan cuestiones de carácter moral o religioso. En cuanto tal, y debido a que la educación primaria se ha vuelto obligatoria, a menudo mediante la asistencia a un establecimiento que imparte educación formal¹, este derecho requerirá en ocasiones de exenciones o la provisión de parte del Estado de alternativas que sean acordes a las convicciones de los padres en situaciones de conflicto entre aquellas y los contenidos y doctrinas adoptadas por la escuela o el sistema escolar en general. A fin de sostener nuestro planteamiento, examinaremos primero el texto de los tratados e instrumentos que tienen incidencia en la materia, analizando los términos y el contexto de las normas relevantes con el objeto de delinear el contenido y alcance del derecho en cuestión. Luego revisaremos algunas de las principales objeciones que usualmente se oponen a nuestra conceptualización de los derechos parentales, y lo que ello implica para el funcionamiento de los sistemas educacionales en la región. El documento finaliza adoptando las conclusiones que se desprenden del análisis extendido.

A fin de facilitar la lectura, a lo largo del documento, y a menos que se indique lo contrario, nos referiremos a los “derechos parentales” como

+ Una versión de este informe se encuentra en proceso de edición para su posterior publicación, a fines de 2020, dentro de un volumen dedicado a la protección o amenaza a la libertad religiosa en la jurisprudencia internacional y comparada por la editorial del Instituto de Justicia de Varsovia, dependiente del Ministerio de Justicia de Polonia.

*Abogado Senior para la OEA y Latino América de ADF International. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M. en Derecho Internacional Público con certificado en derechos humanos de la Universidad de Georgetown. Ex jefe de la división jurídica del Ministerio de Educación de Chile.

¹ Significando a lo menos que los niños deben ser formalmente educados en instituciones públicas o privadas. La cuestión del “*homeschooling*” o educación en casa no es analizado en este documento, y se menciona solamente al pasar. Con todo, cabe señalar que, al menos en principio, el *homeschooling* puede cumplir con el requisito de la educación primaria obligatoria, dependiendo de la forma en que ello se lleva a cabo y el contenido educativo suministrado. En cierto sentido, el *homeschooling* puede enmarcarse de manera apropiada bajo el derecho de toda persona o entidad para establecer instituciones de enseñanza, a condición de que se cumplan los objetivos generales de la educación y se observen las normas mínimas que prescribe el Estado.

abreviación del derecho convencional de los padres en orden a garantizar que sus hijos reciban la educación moral y religiosa que sea acorde con sus convicciones.

EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL APLICABLE.

En lo que respecta al derecho positivo aplicable² –sin mencionar además cuestiones de justicia elemental y sentido común– existe un derecho convencional de los padres en orden a garantizar que sus hijos sean educados conforme con sus convicciones morales o religiosas. Este derecho ha sido reconocido a nivel regional mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”), que señala:

Artículo 12. Libertad de conciencia y religión... 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

También se trata de un derecho reconocido en el contexto del derecho universal de derechos humanos, encontrándose consagrado y protegido a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales que le sucedieron:

[Declaración Universal de Derechos Humanos] (“DUDH”) Artículo 26... (3) Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

[Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] (“PIDCP”) Artículo 18... (4) Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

[Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] (“PIDESC”) Artículo 13... (3) Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

² El objetivo de este ensayo no es analizar ni defender el fundamento sustantivo que justifica el reconocimiento de este derecho como una cuestión de justicia. Que este se encuentra justificado se asume como premisa dado el hecho práctico de que ya ha sido reconocido y consagrado internacionalmente. Para conocer la discusión extendida a este respecto, véase Moschella, Melissa, *To Whom Do Children Belong? Parental Rights, Civic Education, and Children’s Autonomy*, Cambridge University Press, 2016.

Razonando a partir de estas normas, es posible afirmar que una aproximación a la cuestión de nuestro interés, con un enfoque de derechos humanos, requiere de un compromiso con la conceptualización más robusta y expansiva posible para este derecho. Esto se traduce en favorecer aquellas interpretaciones del contenido y alcance del derecho que confieren a los padres el más alto grado posible de control sobre la educación moral o religiosa de sus hijos en el contexto educativo. Esta conclusión se funda de manera directa en el texto de los tratados aplicables y en la jurisprudencia de sus organismos monitores internacionales, que han delineado los principios aplicables a la interpretación y adjudicación en materia de derechos humanos.

En efecto, por medio de la adopción de estos instrumentos y tratados, la comunidad internacional ha reconocido que la existencia de esta libertad de los padres respecto de la injerencia del Estado configura para ellos su “posición original” o por defecto (y por ello se constata el carácter de “preferente”, prioritario o previo de este derecho, como lo advierte la DUDH). Vale la pena recordar que los instrumentos internacionales de derechos humanos fueron concebidos y adoptados como herramientas para la limitación del poder del Estado sobre la libertad y vida de las personas, y no como una concesión graciosa de derechos de parte del Estado a sus súbditos. Ellos no tienen por objeto regular el comportamiento de las personas en cuanto a lo que pueden o no hacer, sino más bien establecer los límites más astringentes que los Estados no pueden vulnerar. Este hecho es fundamental: la libertad educacional y el control parental sobre la educación no constituyen la excepción, sino la regla³.

En su forma más básica, los derechos parentales en educación conllevan que los padres son libres para educar a sus hijos conforme a su propia tradición de fe, y de transmitir a ellos, tanto por medio de palabra como de obras, sus propias creencias y convicciones sobre asuntos relacionados con la moralidad o la religión. Este derecho no se encuentra sujeto a restricciones o límites, como lo señala la lectura de los artículos 18.4 del PIDCP y 12.4 de la CADH, en cuanto ambos consagran los derechos parentales sin incluir una cláusula para su restricción. De hecho, las limitaciones a la libertad de conciencia, pensamiento y religión sólo son aceptables en cuanto a la manifestación de la religión o creencia, en la medida de que ellas sean adoptadas mediante legislación, y sólo en cuanto ellas sean estrictamente necesarias para proteger la seguridad, la moral, el orden o la salud públicas, o los derechos de otros, entendidos en un

³ Como cuestión hipotética, podríamos señalar que ante la ausencia de cualquier forma de regulación sobre la educación de los niños, y en particular sobre la obligación legal de educar formalmente, los padres de todas formas tendrían una obligación moral de educarlos. El amor que ordinariamente se cultiva por los padres respecto de los hijos, entendido como procurar el bien del otro, exige de los padres el educar a sus hijos en cuanto ello es bueno y necesario para su bienestar personal. A través de la educación adquieren conocimientos y maduran progresivamente en hombres y mujeres auto suficientes, a lo largo de un extendido proceso sobre el cual los padres tienen la responsabilidad primaria desde el nacimiento y en adelante. Es porque los padres quieren criar a sus hijos para que sean hombres y mujeres de bien que los educarán de manera acorde a dicho fin. En llevar a cabo esta tarea los padres actuarán conforme a sus convicciones sobre lo que significa ser y actuar como un hombre o mujer de bien y, por ende, llevar una buena vida. El deseo o interés del Estado en orden a educar a los niños es común y legítimo, pero se encuentra sujeto a límites. Los tratados internacionales de derechos humanos establecen tanto el deber del Estado de proveer de educación, como los límites a los que se encuentra sujeto en la ejecución de dichas obligaciones. Ellos no constituyen límites a la actuación de los padres en la educación de sus hijos. Se concede, sin embargo, que estos establecen accidentalmente alguna forma de regulación sobre la manera en que ellos han de actuar en el proceso de educar. Así, al determinar que la educación primaria sea obligatoria, los padres no podrían negarse a que sus hijos la reciban –aunque sean raros los casos en que eso ocurriera–, y que ella debe orientarse al cumplimiento de objetivos generales, pero sin determinar la forma concreta en que ello habrá de cumplirse.

sentido restringido⁴. Otros aspectos de esta libertad no están sujetos a limitación. Esta conclusión es la adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 22⁵, en la que afirma que “no se puede restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral.”⁶.

Así, es cuestión pacífica que este derecho de los padres en orden a asegurar que los niños sean educados conformes a sus convicciones morales o religiosas se aplica sin dudas fuera de los muros de las escuela. Hay quienes sostienen que, una vez traspasada esa puerta, los padres carecen de poder alguno para incidir sobre la educación de sus hijos y que es prerrogativa del Estado el tomar control y decidir sobre el contenido moral de la educación que se imparte al interior del establecimiento. Esto, sin embargo, invita a hacernos la pregunta de por qué. ¿Existe algún fundamento normativo que sustente el hacer una distinción entre lo que ocurre al interior del establecimiento y lo que ocurre fuera de él? ¿Puede ser el caso que la ubicación geográfica o espacio físico donde ocurra la instrucción altere los derechos que le son reconocidos a los padres? Afirmamos que no existe fundamento en las normas jurídicas aplicables para plantear esta diferencia, y que semejante pretensión carece de sustento legal, además de desconocer o ignorar el hecho de que los padres ostentan no solo un interés, sino que un derecho en propiedad, del cual se ha señalado y aceptado que no se encuentra sujeto a limitaciones.

Adicionalmente, la diferencia en tratamiento que le dan a los derechos parentales los distintos tratados e instrumentos apoyan la conclusión contraria: los derechos parentales aplican en todo lugar, con prescindencia del escenario en que se imparta la educación. Es cierto que, en el caso del PIDCP y del PIDESC, estos tratados se refieren al derecho como una libertad –y los derechos libertades generalmente son entendidos como aquellos que imponen al Estado un deber negativo de no interferir antes que un deber positivo de proveer un determinado bien o, como en este caso, un servicio–. Sin embargo, la CADH se refiere a los derechos parentales como un derecho a secas, sin calificación, y tanto la DUDH como el PIDESC sitúan y enmarcan los derechos parentales como parte del derecho a la educación. Así, los derechos parentales se encuentran enraizados

⁴ En aplicación del principio *pro-homine*, como ha sido desarrollado por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, la interpretación de las normas que permiten la limitación en el ejercicio o goce de un derecho debe ser la más restrictiva posible y disponible. Ver, Corte Inter Americana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 con respecto a los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Serie A, N. 5, § 46; y, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 22 (artículo 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 1993, §8.

⁵ Es necesario enfatizar que las interpretaciones emitidas por los organismos monitores de tratados como el Comité de Derechos Humanos no son jurídicamente vinculantes y no deben ser tenidos como interpretaciones auténticas de los tratados. Ellas constituyen parte del conjunto de *soft law* existente en el derecho internacional pública. Estas interpretaciones constituyen opiniones con potencial valor persuasivo de acuerdo con su mérito individual en cuanto razonamiento jurídico pero no debiesen ser aceptadas de manera acrítica como el dictamen final o definitivo sobre estas materias, por el solo hecho de ser emitidas por el organismo del caso. Para una discusión sobre la materia, ver Bódig, Matyas, “*Soft Law, Doctrinal Development, and the General Comments of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*”, en S. Lagoutte, T. Gammeltoff-Hansen & J. Cerone eds., “*Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*”, Oxford University Press (2016), p. 69. Adicionalmente, y respecto de la posición de los Estados como los interpretes auténticos de los tratados, ver Corte Permanente Internacional de Justicia, Cuestión de Jaworzina, 6 de diciembre de 1923, p. 37. Se señala: “es suficiente...observar un principio establecido de que el derecho a dar una interpretación autoritativa de una regla jurídica le pertenece exclusivamente a la persona o cuerpo que tiene el poder para modificarla o suprimirla.” (traducción propia). Dicha persona o cuerpo, en el derecho internacional público, no es otra que el mismo Estado que contrae la obligación.

⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 22, 1993, §8.

no sólo en la libertad de pensamiento, conciencia y religión, sino que son a la vez un componente integral del derecho a la educación de todo niño.

Es de hecho el caso que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que el derecho a la educación reconocido en el artículo 13 del Pacto –el cual incluye los derechos parentales– “es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”, siendo procedente afirmar a su respecto que es al mismo tiempo un derecho económico, social, cultural, civil y político⁷. Aceptar que los derechos parentales son parte del derecho a la educación acarrea consecuencias significativas, incluyendo el hecho de que su goce efectivo no se asegura por la mera actitud pasiva del Estado en cuanto a su no interferencia, sino que requiere a menudo de una conducta activa en términos de garantizar que, dentro del contexto de la educación formal, este derecho se vea debidamente respetado. Es importante enfatizar que los Estados partes de estos tratados han tomado la determinación de hacer que la educación primaria sea obligatoria y gratuita para todos⁸, lo que significa que cada niño debe recibir enseñanza primaria como mínimo, ya sea por medio de los establecimientos educacionales creados por las autoridades públicas o por otros medios⁹. Es el entendido general y pacífico que el Estado tiene un deber de proveer, conforme a sus recursos disponibles, educación primaria gratuita para todos los niños que se encuentren bajo su jurisdicción. En el cumplimiento o ejecución de su deber, y debido a que los derechos parentales son un aspecto inherente e inseparable del derecho a la educación, sostenemos que el Estado se encuentra bajo la obligación de proveer el servicio educacional de manera tal que evite, en la mayor medida posible, entrar en conflicto con el derecho de los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones morales o religiosas. Y si dicho conflicto es inevitable u ocurre a pesar de sus mejores esfuerzos, ha de aceptar el uso de exenciones o proveer de alternativas que sean aceptables.

Las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sustentan esta conclusión.

Primero, en seguimiento de lo que fuera la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su comentario sobre el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión¹⁰, el Comité de DESC acepta que los Estados pueden legítimamente decidir que impartirán instrucción en una determinada religión o creencia, pero sólo en la medida de que al mismo tiempo contemplen exenciones no discriminatorias o posibilidades que se ajusten a los deseos de los padres o de los tutores que tengan objeción respecto de dicha instrucción.

Segundo, se sostiene que los Estados están habilitados para enseñar sobre ética si el contenido se entrega de manera neutral y objetiva, de forma respetuosa con la libertad de conciencia¹¹. Así, es posible inferir, mediante una interpretación

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 11, planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14), 1999, §2.

⁸ PIDESC, artículo 13.2(a).

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 13, el derecho a la educación, 1999, §9, señalando que el principal sistema para impartir la educación básica fuera de la familia es la escuela primaria. Se señala que si bien la enseñanza primaria no es sinónimo de educación básica, hay una estrecha correlación entre ambas.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 22, 1993, §6.

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 22, § 28. Algo similar se ha señalado en el contexto europeo, en que la Corte Europea ha delineado el estándar de entrega de información de manera “pluralista,

a contrario sensu, que si las enseñanzas sobre ética o moral no son entregadas de manera neutral o no son presentadas de forma objetiva, y si no respetan la libertad de conciencia (la que, como ya se ha establecido, incluye los derechos parentales y no está sujeta a limitación), entonces el actuar del Estado infringe de manera ilegítima los derechos parentales. En las palabras del Comité, tal conducta de parte del Estado es ilegítima si no permite el ejercicio de exenciones o pone a disposición de los padres alternativas que se ajusten a los deseos de los padres o tutores. Es importante notar que los tratados aplicables en la materia se refieren tanto a las convicciones religiosas como las morales. Estos no son conceptos idénticos, pero sí son iguales en importancia y protección¹². Así, a la luz de la posición del Comité que señala que las exenciones o alternativas son necesarias en lo que concierne a la instrucción religiosa realizada por el Estado, y debido a que la religión y la moral se encuentran igualmente protegidas sin ser conceptos idénticos, es dable concluir de manera correcta que las exenciones o alternativas son igualmente necesarias para aquellos casos en que el Estado hace suya la instrucción de enseñanzas éticas o morales con las que el padre o tutor objeta. *Dicho de otra forma, no existe nada inherente al texto de los tratados que amerite concluir que que las exenciones a la instrucción religiosa son necesarias – lo que ha sido la conclusión del Comité, como vimos en el apartado anterior–, pero que las exenciones de la instrucción moral o ética no lo son.*

Tercero, el Comité ha tomado la posición de que una de las características esenciales del derecho a la educación es su aceptabilidad¹³, lo que se entiende en términos de que el contenido de la educación proporcionada y garantizada por el Estado deber ser culturalmente aceptable para las minorías y los pueblos indígenas. Específicamente, se señala que “la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) **para los estudiantes y, cuando proceda, los padres...**”¹⁴ (énfasis añadido). El Comité se abstiene de desarrollar con profundidad qué es lo que entiende como cultura a efectos de la aceptabilidad, pero parece evidente que la religión y los preceptos o normas morales son parte integrante de la cultura de cualquier comunidad.

El reconocimiento de que los contenidos educativos deben ser aceptables para los padres en los casos en que ello proceda apunta de manera directa e

objetiva y neutral”. Aceptamos acá el dictamen del Comité para efectos de argumentar, a pesar de que no compartimos la conclusión. El estándar nos parece equivocado en cuanto esquivo la cuestión y proporciona una respuesta a un problema distinto del que nos importa. El texto de los tratados otorga a los padres derechos respecto de la educación moral y religiosas conforme a sus convicciones. El error tiene su fundamento en la ignorancia del texto del tratado. El núcleo del derecho parental es que sus titulares tienen derecho a que sus hijos reciban educación en concordancia con sus convicciones, y no a que reciban instrucción que sea neutral, objetiva o pluralista. Todos esos requisitos son injertos ajenos al texto legal. La información proporcionada por el Estado puede ser defendida tanto como neutral, objetiva y pluralista, y aun así ser contraria a las convicciones morales o religiosas. En este sentido, objetividad, pluralismo y neutralidad no son los opuestos de moral o inmoral, o de religioso o irreligioso. Luego, se esquivo el bulto mediante un cambio de marco de análisis, debilitando el reclamo parental.

¹² La palabra “y” corresponde a una conjunción coordinante, cuyo objeto es unir dos elementos de igual rango gramatical e importancia sintáctica. No se trata de un solo concepto compuesto por ambos elementos. Por de pronto, ello ignoraría que cada palabra tiene un significado distinto el uso ordinario de los términos. Además, tomarlos como uno solo tendría el efecto negativo y no deseado de excluir de protección a los padres que sostengan convicciones morales pero no religiosas. Señalamos que son iguales en cuanto a la protección que se les debe toda vez que la norma no hace distinción, siendo por ello ilegítimo para el intérprete distinguir si el legislador no ha intencionado tal distinción.

¹³ Como señala el Comité, los otros elementos o características son su disponibilidad, accesibilidad y adaptabilidad. Ver, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, §6.

¹⁴ Ídem.

innegable a los derechos parentales en educación. Ello en cuanto su reconocimiento y protección en el artículo 13.3 del PIDESC es el único apartado dentro del tratado en que se hace referencia a los padres, reconociendo que ellos tienen, por derecho propio, una injerencia determinante en el cómo sus hijos serán educados, respecto de cuestiones de relevancia moral o religiosa. En otras palabras, y construyendo sobre lo asentado por el Comité, la referencia hecha al “cuando proceda” incluye como mínimo el que se atienda a la aceptabilidad para los padres de los contenidos en este aspecto –lo tocante a la moral y la religión– del ámbito educativo¹⁵. Sin duda, dicha referencia no se dirige a si, por ejemplo, la aritmética o gramática es aceptable a los padres, sino más bien a si el sustrato moral, religioso o cultural que le da forma u orientación a los contenidos educativos entregados por el sistema escolar es aceptable. Así, el Estado vulnera sus obligaciones bajo el tratado si es negligente en asegurar que el contenido educacional que aborde cuestiones morales o religiosas sea aceptable a los padres.

En la ejecución de su compromiso en orden a proveer de educación a todos los niños, los Estados se encuentran sujetos a la obligación de procurar que el contenido educativo se encuentre en línea con los objetivos educacionales señalados en el artículo 13, número 1 del PIDESC¹⁶, y que cumpla con los estándares mínimos de educación que sean aprobados por el propio Estado. Así, es indudablemente el caso que la manera en que los Estados han de cumplir su obligación se encuentra regulada en términos de los objetivos a alcanzar y los estándares mínimos a cumplir. Nosotros sostenemos, en forma concurrente y sin que excluya lo anterior, que así como los contenidos educativos deben ajustarse a los objetivos generales convenidos en el tratado –un compromiso con sus pares–, ellos a su vez también deben ajustarse a las convicciones de los padres –un compromiso con aquellos para cuyo servicio existe el Estado–. Lo anterior de forma tal que la instrucción otorgada evite, en la mayor medida que sea posible, la contravención con las convicciones morales o religiosas que los padres atendidos por la escuela están tratando de inculcar en sus hijos. En este sentido, bien se puede afirmar que el derecho a la educación del niño no se encuentra (ni debe ser necesariamente leído) en oposición a los derechos parentales, sino que aquel presupone estos como una parte integral e inseparable del mismo.

¹⁵ La evaluación de la aceptabilidad es necesariamente anterior a la entrega del contenido educativo a los estudiantes, como una cuestión lógica. Si la evaluación requiriera una exposición previa de los educandos al contenido a fin de decidir sobre la aceptabilidad, ello sería directamente opuesto al propósito del juicio de aceptabilidad pues los niños ya habrían sido expuestos a los contenidos inaceptables sin el conocimiento de sus padres y su consentimiento. De lo contrario, el requerimiento de la aceptabilidad del contenido para los padres no sería en realidad un requisito o característica y la posibilidad de optar por eximirse sería inexistente en los hechos.

Hay quienes podrían argumentar que la aceptabilidad del contenido es un juicio reservado primeramente a los estudiantes y no a sus padres, excepto en circunstancias extraordinarias. Sin perjuicio de que tal afirmación disminuye o neutraliza la fuerza o efecto del derecho explícitamente reconocido a los padres en cuanto a la educación moral o religiosa, el hecho innegable es que por la mayor cantidad de su tiempo en la escuela a lo largo de su vida, los niños carecen de la habilidad y capacidad de realizar juicios y tomar decisiones informadas y razonables sobre lo que constituye contenido educativo aceptable, y la prerrogativa queda por lo mismo radicada en los padres en cuanto tales y como representantes. Lo anterior es por lo demás concordante con la Convención de los Derechos del Niño, y la noción de la evolución de sus facultades que, incluso en el mejor de los casos, no suele estar desarrollada para estos efectos antes de la adolescencia, en la etapa tardía de su infancia antes de llegar a la adultez legal.

¹⁶ PIDESC, artículo 13.1: “[L]a educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.”

Nótese al mismo tiempo que la aceptabilidad del contenido educacional no puede ni debe ser definido en términos de qué es lo aceptable para el mayor número de personas. Los derechos humanos son primero y por sobre todo individuales, y cada padre o pareja de padres debe tener la posibilidad de gozar de ellos en plenitud, o de lo contrario simplemente no son derechos humanos. Sus derechos no pueden ser (ni es necesario que sean) sacrificados ante las preferencias de la mayoría sobre la materia. El problema práctico es, por supuesto, que es tremendamente difícil lograr un acuerdo sobre contenido educativo que sea aceptable para todos los miembros de la comunidad política en tiempos de creciente diversidad de creencias y convicciones sobre estos asuntos¹⁷. Una posibilidad sería erradicar toda inclusión de enseñanzas morales o religiosas en las escuelas, siendo más fácil eliminar éstas antes que aquellas. Pero esto no es satisfactorio. Como cuestión normativa, y al menos respecto de aquellos Estados que han accedido al PIDESC, ellos se encuentran en la obligación de promover y asegurar el derecho a la educación, cuyo objeto es orientarse “hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad...”¹⁸ Dado que la persona humana es un ser religioso y moral, es imposible concebir una educación que persiga el pleno desarrollo de la persona al mismo tiempo que omita la educación moral y religiosa en su conjunto. Dicha educación no podría afirmarse como orientada hacia el pleno desarrollo de la personalidad. Incluso si no fuera el caso que esto es debido como una obligación jurídica, lo cierto es que la mayoría de los comunidades políticas reconocen la importancia y centralidad de estos aspectos en la práctica y, a consecuencia, incluyen al menos ciertas formas de educación moral como parte de sus planes de estudio.

Ahora bien, recordemos que al inicio de esta obra mencionamos que los derechos parentales se encuentran enraizados o arraigados tanto en el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión como en el derecho a la educación. Hasta acá, hemos analizado el sentido y alcance de este derecho como parte integrante de aquel último –como se le reconoce en la DUDH y en el PIDESC, y en las observaciones generales realizadas en torno a dicho pacto–. Procedemos ahora a revisar el asunto desde la perspectiva del primero de los derechos referidos, y afirmamos que nuestras conclusiones serían igualmente aplicables si miramos el asunto exclusivamente desde el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Como ya se señaló, los derechos parentales, como todo derecho humano reconocido en términos positivos, no constituyen la concesión de un permiso sobre lo que el titular puede hacer, sino más bien se erigen en el límite del actuar del Estado. En cuanto tal, en el cumplimiento de sus obligaciones (si es que de hecho las tiene, en atención a su consentimiento expresado en los tratados a los que accede) o consecución de su interés estatal en proveer una educación común a todo su pueblo, el Estado se encuentra constreñido por los derechos parentales, constituidos en un límite externo al poder de acción estatal. En el contexto de la región americana, y para los que han accedido a la CADH, el texto del tratado resulta ser particularmente relevante. En sus versiones oficiales en español, francés y portugués, la sección relevante señala que los padres tienen derecho a que sus

¹⁷ Pero no imposible. Algunos estados retienen niveles de homogeneidad cultural y religiosa que hace que esto siga siendo posible. Esto sigue siendo el caso para algunas naciones caribeñas, auxiliadas por su tamaño, población y carácter insular.

¹⁸ PIDESC, artículo 13.1

hijos reciban la educación moral y religiosa que sea acorde con sus convicciones¹⁹. La redacción es notable en cuanto ella comunica la idea de que esto no es algo a lo que los padres tengan *derecho a realizar*, sino más bien que corresponde a una *pretensión cuya satisfacción por parte de otro pueden exigir*. Dicho de otra manera, el derecho de los padres es debidamente respetado si, y sólo si, sus hijos reciben una educación moral y religiosa que sea acorde con sus convicciones. ¿Y de quién es que ellos –los niños– han de recibir dicha educación a satisfacción de los padres? Pues bien, en un contexto en que los padres se encuentran jurídicamente obligados a enviar a sus hijos a un establecimiento escolar para que reciban educación primaria obligatoria y formal, la respuesta es, evidentemente, el mismo Estado que impuso la obligación legal de enviarlos a la escuela.

Aceptando, a efectos de argumentar, que algunas limitaciones o restricciones a los derechos parentales pudieran ser legítimas (una proposición dudosa, considerando la caracterización del Comité de Derechos Humanos que resuelve que no se encuentra sujeto a limitación en atención a que no se estableció una cláusula de limitación asociada), es de todas formas difícil concebir de situaciones en que el Estado esté en posición de mostrar en forma clara y categórica la existencia de una necesidad estricta que legitime la contravención de los derechos de los padres, como los hemos conceptualizado. A la luz de la CADH, limitar este derecho implica que el Estado deje de cumplir con su obligación de asegurar que los hijos reciban una educación acorde a las convicciones de los padres. La única forma en que podría dejar de dar cumplimiento a dicha obligación, correlativa al derecho de los padres, es si encuentra justificación en la necesidad (en un sentido estricto, es decir, no existiendo otra alternativa que sea menos restrictiva) de ello en aras de proteger la salud, la moral, la seguridad o el orden público, o los derechos de otros. Los meros intereses estatales y los argumentos basados en el interés general de la sociedad por sobre los intereses de los padres no son suficientes y, a consecuencia, no legitiman el restringir o desconocer este derecho de los padres.

Pues bien, si todo lo anterior es cierto, ¿qué han de hacer los Estados?

El punto de partida debiera ser el reconocer que existe tensión entre sus intereses estatales (y en algunos casos, sus obligaciones) de educar a los niños conforme a una determinada concepción moral o religiosa, y el derecho

¹⁹ En este sentido, la redacción de la versión oficial en el inglés es enigmática, pues ella difiere en forma clara en su sentido respecto del español, francés y portugués, siendo todos ellos textos e idiomas oficiales de igual valor normativo. Ver, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 33. Las secciones relevantes, en los distintos idiomas oficiales son: "*Les parents, et le cas échéant, les tuteurs, ont droit à ce que leurs enfants ou pupilles reçoivent l'éducation religieuse et morale conforme à leurs propres convictions.*"; "*Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções*"; "*Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*"; y, "*Parents or guardians, as the case may be, have the right to provide for the religious and moral education of their children or wards that is in accord with their own convictions.*". Los *travaux préparatoires* de la Convención Americana no iluminan el asunto de forma adicional. Toda la discusión en torno al artículo en cuestión –que por lo demás fue extremadamente breve– giraba en torno a la cuestión de si incluir la cláusula o no. Chile y Uruguay expresaron en un inicio su preocupación de que la propuesta original no reconocía el derechos de los padres a escoger a los maestros de sus hijos y, peor aún, no reconocía los derechos de los padres en lo absoluto. Al ser sometido el asunto a debate, solo dos delegaciones manifestaron su reticencia de incluir el reconocimiento de este derecho (Guatemala y Honduras). El representante de Brasil sugirió que esto era un tema inexistente o trivial en el contexto americano, ante lo cual el Presidente de la Asamblea respondió señalando que solo los Estados totalitarios rehúsan reconocer este derecho. Ver, Organización de Estados Americanos, Conferencia Inter Americana Especializada sobre Derechos Humanos, Minutas y Documentos, OAS/K/XVI/1.2, 1969, p. 213-14.

individual de los padres a estar en desacuerdo con lo que la mayoría considera como contenidos educativos necesarios o mejores, y educar en concepciones distintas.

Luego, es necesario reconocer que la cuestión no se trata de solicitudes por una graciosa concesión del Estado a su discreción, sino que de la observancia efectiva del respecto a un derecho humano, individual y fundamental. Por lo mismo, toda discusión de política pública que ignore u omite esta dimensión es en principio sospechosa, por no decir deficiente, pues a la hora de determinar su manera de obrar, el Estado no está ni siquiera intentando lidiar con las exigencias jurídicas que conlleva el derecho.

Por lo mismo, como medida básica de cumplimiento de sus obligaciones, los Estados debieran realizar los esfuerzos que sean necesarios para consensuar contenidos educativos aceptables a todos, en lo que toca la moral o la religión. Indudablemente, esto no siempre será posible. Incluso en los mejores escenarios de alta adhesión y apoyo de los padres a los planes de estudio y contenidos, es posible que algunos igualmente sostengan objeciones. No siendo el caso que los padres disidentes deban gozar de un derecho a veto que le impida a los establecimientos o al sistema educativo impartir estos contenidos educativos con los cuales ellos tengan reparos, sí tienen derecho a gozar y tener a su disposición la posibilidad de ejercer exenciones o valerse de alternativas que resguarden su derecho a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones morales o religiosas, y no a las de la mayoría con la cual no tienen acuerdo²⁰.

Como es el caso con todos los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, es el deber del Estado, por intermedio de todas sus organizaciones o entidades, llevar a cabo las acciones necesarias para promover y proteger de forma eficaz los derechos, incluyendo el establecimiento de mecanismos apropiados para su ejercicio –lo que conlleva necesidades de conducta activa del Estado– y recursos eficaces para su resguardo ante infracciones. Este deber del Estado no recae ni debe recaer en forma primaria ni exclusiva en los tribunales de justicia, y las legislaturas y organismos administrativos son igual o más capaces de actuar para reconocerlos y asegurarlos. Así, tanto la CADH como el PIDCP desarrollan este deber del Estado en términos de la necesidad de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para dar efecto a los derechos y libertades reconocidas. Finalmente, aunque la decisión última sobre si las medidas serán adoptadas mediante legislación o actos administrativos recae en las autoridades políticas del Estado, lo que no se puede desconocer es que todos ellos están obligados a adoptar medidas de algún u otro tipo para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos parentales.

Hasta este punto hemos sostenido la argumentación jurídica, basada en los tratados internacionales vinculantes y las observaciones y comentarios persuasivos –más no vinculantes– de los organismos monitores de tratados, para

²⁰ El número de potenciales objetores que harían uso de la exención o de alternativas que se ajusten a sus convicciones improbablemente será mayoritario por razones que nos parecen relativamente obvias. Si el Estado intenta imponer contenidos educativos que no gozan del respaldo de la mayoría de la población, carecerá de legitimidad y la mayoría probablemente hará valer su condición de tal mediante el proceso político para cambiar esto. Esto sería lo esperable en el contexto de un régimen democrático que no está realizando un intento de imponerse con la fuerza y con objetivos ilegítimos de adoctrinamiento.

defender una concepción robusta de los derechos parentales. Una que apunta a conceder el mayor y más amplio reconocimiento y empoderamiento parental en el control de la educación de sus hijos, cuando ello sea tocante a la moral o la religión. En la próxima sección tomaremos en consideración algunas de las objeciones jurídicas y políticas que pueden ser opuestas a nuestro planteamiento.

OBJECIONES COMUNES A LA CONCEPCIÓN ROBUSTA DE LOS DERECHOS PARENTALES.

Tal vez la objeción más común a la conceptualización que proponemos de los derechos parentales es la que podemos denominar como “objeción de la escuela privada”. Ella sugiere que aunque es cierto que los tratados internacionales de derechos humanos reconocen el derecho y/o libertad de los padres a que sus hijos reciban una educación moral y religiosa que sea acorde con sus convicciones, la forma en que este derecho es protegido y respetado es por medio del acatamiento de los Estados a la libertad para fundar o crear establecimientos educacionales privados que los padres puedan escoger para que sus hijos asistan a ellos²¹. Por las razones que señalamos a continuación, no puede ni deber entenderse que el derecho de los padres se vea resguardado por el mero hecho de que el Estado permita la educación privada, sea en la escuela o en el hogar, mediante el denominado “homeschooling”.

Primero y por sobre todo, dicho entendido debiera rechazarse pues, a menos de que las alternativas a la educación por medio de los establecimientos educacionales dependientes de la autoridad estatal sean enteramente gratuitos para los padres (y vale mencionar que esto nunca será el caso del *homeschooling*, pues desde la perspectiva económica siempre requerirá de la inversión de valiosos recursos –como el tiempo– en la tarea educativa, que podrían ser utilizados para otros fines), ello implica que el goce efectivo de un derecho humano es contingente en cuanto a la capacidad económica de los individuos o las familias²², lo que es inaceptable como cuestión de principio. La titularidad de los derechos humanos se tiene y ellos se gozan por las personas por el solo hecho de su humanidad y no en cuanto a la capacidad adquisitiva individual²³. Más aún, en el caso de la educación privada, la posibilidad de asistir

²¹ En el sistema europeo de derechos humanos, véase por ejemplo el caso Jiménez y Jiménez Merino v. España en que la Corte Europea de Derechos Humanos declaró una petición inadmisibile. Al resolver señaló de manera explícita la existencia de una amplia red de establecimientos privados en que los padres eran libres para matricular a sus hijos y que los peticionarios no habían demostrado que existieran obstáculos a ello. La Corte caracterizó la asistencia de la estudiante a un establecimiento de educación estatal como una decisión parental, y afirmó que “en la medida que los padres han optado por el establecimiento estatal, el derecho a que se respeten sus convicciones e ideas... no puede ser construido como confiriendo en ellos el derecho a exigir un tratamiento diferenciado en la educación.” (traducción propia). Esto nos parece ser poco honesto de parte de la Corte. Independiente de si era el caso concreto de la familia Jiménez, a menudo los padres no tiene una opción real. Pero la Corte no dudó el punto y basó su conclusión de que nuestro entendimiento del derecho parental es errado sobre la premisa de que los padres han tomado una decisión libre de matricular a sus hijo en un establecimiento estatal, y deben por lo mismo aceptar las consecuencias de dicha decisión. Pero en igual medida debiera ser el caso que, si dicha elección no existió, entonces la afirmación de la Corte no se sostendría, y los padres debieran entonces tener derecho a eximir a sus hijos.

²² Esto es distinto de la situación del Estado, respecto del cual el logro progresivo y pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de cada jurisdicción es contingente respecto de los recursos disponibles en un determinado momento, al menos de acuerdo con las disposiciones literales de los tratados. Ver, PIDESC, artículo 2.1.

²³ Por ejemplo, y con respecto al derecho a la protección judicial y a un juicio justo, tanto el sistema americano como el europeo han llegado a la conclusión de que, al tratarse de derechos civiles, el Estado está sujeto a una obligación no sólo de abstenerse de obstruir el acceso a los tribunales, sino que además debe actuar para crear las condiciones que propicien el acceso a ellos. En el caso de Airey v. Irlanda, la Corte Europea afirmó que “...el cumplimiento de una obligación bajo la Convención en ocasiones necesita de acciones positivas de parte del Estado; en tales circunstancias, el Estado no puede simplemente permanecer pasivo y “no existe lugar para distinguir entre acciones y omisiones”. (traducción propia). Ver,

a una de ellas es contingente en cuanto a la coordinación y organización de múltiples individuos y familias en orden a la fundación y sustento de una escuela, conforme a sus convicciones y fines compartidos. Incluso si esos establecimientos fueran íntegramente financiados por el Estado, ello aún significaría que cada dupla de padres estaría a su vez sujeta a la voluntad de terceros cuya cooperación resulta necesaria para habilitar el ejercicio de este derecho. Pero el ejercicio individual de los derechos humanos no puede someterse a la voluntad de terceras personas. Por lo mismo, el planteamiento de que la forma correcta y apropiada de resguardar el derecho convencional de los padres es esta debe ser rechazada.

La alternativa sugerida involucra, adicionalmente, una forma de discriminación injusta por parte del Estado entre los distintos grupos de padres. Dicha discriminación opera de diferentes formas. Primero, crea una diferencia entre aquellos padres cuyas convicciones se alinean con las de la mayoría que se encuentra ejerciendo el poder y que decide sobre el contenido educativo que ha de entregarse en las escuelas (o que, al menos, son indiferentes a la cuestión en su conjunto), y las de aquellos padres cuyas convicciones y conceptos difieren. Si la pretendida solución fuera aceptada, estos últimos serían puestos en una desventaja material respecto de los primeros, en cuanto a la necesidad de tener que pagar dinero de su bolsillo (por sobre el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuya recaudación financia el sistema educacional, entre otros) para educar a sus hijos conforme a sus convicciones, cuando una simple exención individual de ciertas actividades o contenidos (que casi siempre implica un costo cero), hubiera sido suficiente²⁴. A su vez, esta forma de discriminación basada en las convicciones de los padres da paso a una discriminación en base a la condición socioeconómica, en cuanto algunos padres podrán ejercer sus derechos parentales mediante la inversión de sus recursos, mientras que otros no podrán hacerlo jamás. Así, el Estado falla una vez más en adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el goce de estos derechos convencionales para todos, sin discriminaciones.

Finalmente, también puede señalarse que, siendo ciertamente el caso que el ejercicio de la libertad educacional²⁵ de parte de parte de los padres es *una de las formas* en que los padres pueden ejercer sus derechos parentales, ella *no es la única forma de asegurarlos*, y no era su objetivo al tiempo de ser reconocida en los tratados. En lo que concierne a la historia de su establecimiento, es posible notar que los primeros borradores del entonces único pacto internacional de derechos humanos (precursor de ambos pactos) explícitamente diferenciaba entre la libertad de los padres para escoger los establecimientos de enseñanza

Corte Europea de Derechos Humanos, Airey v. Irlanda, Sentencia de Fondo, 1975, § 25. En cuanto a la doctrina del sistema americano, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de derechos humanos, 2007, OEA/Ser.L/V/II Doc.4.

²⁴ Por lo demás, y como enfatizamos a lo largo de este documento, no defendemos que la posición sea la inversa y que la minoría pueda exigir que sus convicciones sean las recogidas por el sistema escolar. Nuestra posición sostiene el deber del Estado de evitar la contravención de convicciones parentales en la mayor medida posible. Ello implica realizar esfuerzos serios por determinar contenidos que sean de común aceptabilidad, y dejar las exenciones o alternativas para los casos marginales que aun así sostengan objeción.

²⁵ Por libertad educacional nos referimos a los derechos recogidos en los artículos 13.3 y 13.4 del PIDESC, por medio de la cual los Estados partes se obligan a respetar el derecho de los padres a elegir las escuelas distintas de aquellas establecidas por las autoridades públicas, así como el derecho de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza. Ambos derechos constituyen distintas caras de una misma moneda. El último carecería de sentido si el Estado no se comprometiera a respetar el primero, y viceversa.

distintos de los creados por las autoridades públicas, y la exigencia al Estado de respetar la libertad de los padres para asegurar la educación religiosa de sus hijos “en el ejercicio de cualquier función que el Estado asuma en el campo de la educación”²⁶. Luego de adoptada la decisión de separar la propuesta en dos pactos, el PIDESC terminó con su forma actual, en que el artículo 13.3 incluye en el mismo párrafo el deber del Estado tanto de respetar (a) la libertad de los padres en orden a escoger escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas como (b) de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. El uso de la conjunción “y” refuerza el punto de que se trata de dos libertades o derechos y no solo de una compuesta²⁷.

Una segunda objeción común es la que sugiere que el derecho de los padres se encuentra suficientemente protegida por el mero hecho de que ellos son libres para educar a sus hijos al interior de su hogar de acuerdo con sus convicciones, en paralelo a lo que sea que se les enseñe en las escuelas²⁸. Si esto no se encuentra prohibido, entonces no existe vulneración del derecho en cuestión. A esto podemos responder que una lectura o interpretación en dicho sentido no es razonable, en cuanto ella priva de cualquier contenido o efecto específico a la sección (4) del artículo 18 del PIDCP (o la sección 4 del artículo 12 de la CADH), colapsando dicho derecho al interior de la cláusula general del numeral 1 del mismo artículo. Ello por cuanto ya se reconoce que toda persona (lo que ciertamente incluye a los padres) tiene el derecho de manifestar su religión o creencias, en forma individual o colectiva, y tanto en público como en privado (lo que incluye la privacidad del hogar), mediante la enseñanza. En otras palabras, si la intención de los Estados contratantes, manifestada en el texto, era de hecho el asegurar que los padres pudieran enseñar libremente a sus hijos por su cuenta y al interior de su hogar, entonces no existía necesidad alguna de adoptar la sección (4) del referido artículo, pues dicha comprensión de esta libertad ya se encontraba recogida en su totalidad por la cláusula general

²⁶ Traducción del autor. Ver, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, Informe del Consejo Económico y Social sobre la séptima sesión de la comisión, sostenida en el *Palais de Nations*, Ginebra, décimo tercera sesión, borrador del pacto internacional de derechos humanos, artículo 28. El texto original no contemplaba las convicciones morales junto con las religiosas. Las primeras fueron incluidas de manera posterior en las negociaciones, para cubrir el caso de quienes no poseen la fe religiosa como fundamento de sus convicciones morales. El texto de la propuesta original rezaba así:

“(8). La obligación de los Estados en orden a establecer un sistema de educación primaria gratuito y obligatorio no será considerado incompatible con la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de aquellas establecidas por el Estado, que cumplan con los estándares mínimos establecidos por el Estado;

(9). En el *ejercicio de cualquier función que el Estado asuma en el campo de la educación deberá respetar la libertad de los padres para garantizar la educación religiosa de sus hijos de conformidad con sus convicciones.*”(traducción y énfasis del autor).

²⁷ El alcance del control parental sobre los programas de estudio fue de hecho discutido por quienes estaban involucrados en el proceso de negociaciones. En las anotaciones del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el borrador del pacto internacional de derechos humanos, de 1951, se ilustra con claridad el debate y la decisión de rechazar la posibilidad que los padres tuvieran un veto individual sobre los contenidos curriculares. Las exenciones, en cambio, no fueron discutidas ni rechazadas. Las minutas reseñadas señalan que “se consideró imposible sostener que los padres debieran de ser empoderados con el derecho a determinar el currículo de la educación de sus hijos.”(traducción del autor). Ver, Naciones Unidas, Asamblea General, *Draft International Covenants on Human Rights – Annotation prepared by the Secretary General*, A/2929, Julio 1, 1955, p. 324.

²⁸ La objeción es de hecho tan común que se ha convertido en lenguaje estandarizado en muchas de las decisiones judiciales que conforman la jurisprudencia europea sobre el punto. Nunca es considerada como el argumento principal, sino que como una consideración adicional para rechazar el reclamo parental en ciertos casos. El argumento nos parece en cualquier caso un hombre de paja. No conocemos a la fecha intentos de regulación de la transmisión de enseñanzas al interior del hogar. Un intento de ello sería prácticamente imposible de ejecutar para su cumplimiento, y ni siquiera el régimen cubano ha intentado aquello. Como argumentamos aquí, ello no fue la intención de los Estados contrayentes, ni resultaría necesario en atención a las demás protecciones erigidas por los pactos y convenciones.

contenida en el numeral primero. Aún más, si el sentido de la protección se hubiese entendido entonces o ahora como el resguardo de las enseñanzas puramente privadas de los padres en el hogar, aquello estaría igualmente protegido, de forma independiente o conjunta, a través de los artículos 17 y 19 del PIDCP (o los artículos 11 y 13 de la CADH) en cuanto a la protección de la vida privada, la vida familiar y el hogar, así como la protección de la libertad de expresión. En otras palabras, al alero de estas protecciones ya hubiera sido el caso de que los padres habrían tenido chance de educar a sus hijos sin intervención del Estado fuera de los establecimientos escolares, lo cual vuelve la protección explícita de los derechos parentales en una redundancia inútil²⁹. La decisión de los Estados en orden a adoptar una cláusula específica, por sobre las demás protecciones que hemos señalado, debe llevar a desestimar el mérito de esta comprensión limitada y alternativa del derecho.

Es una cuestión ampliamente aceptada como regla de interpretación de textos legales, aplicable a esta situación, que el texto de un tratado no debe ser interpretado de forma tal que prive a sus disposiciones de su efecto³⁰, dejándolas sin consecuencias, o aceptando la existencia de una redundancia de normas, si ello puede evitarse³¹. El mayor riesgo que quisieron precaver los autores de estos tratados no era exclusivamente el intento de parte del Estado de controlar lo que ocurriese al interior del hogar, sino también el mal uso del poder estatal para perseguir adoctrinamiento en las escuelas. Al tiempo del surgimiento del proyecto de los derechos humanos, el modelo de escuela moderna se encontraba ya expandido por el mundo, requiriendo que los niños pasaran la mayor parte de sus horas despiertos en el día dentro del establecimiento escolar bajo la supervisión del Estado y sus agentes. Nadie dudaba entonces o ahora que tales situaciones ponen al Estado en una posición aventajada a efectos de moldear las mentes y la voluntad de los niños, a veces en oposición a sus padres. En atención a que esa posición podía ser abusada, y que de hecho ello había ocurrido en el pasado, las partes negociadores específicamente buscaron prevenir intentos totalitarios mediante el empoderamiento de los padres en el contexto educacional, en oposición al Estado.

Una tercera y última objeción dice relación con el derecho de los niños a la educación. La objeción sugiere que en algunos casos, el ser respetuoso de las convicciones de los padres exige denegar a los niños acceso a la instrucción o información al cual ellos tienen derecho de acuerdo con su interés superior. Luego, a fin de que el derecho del niño sea respetado, él o ella debe recibir la información o instrucción que sus padres denegarían, incluso si va en contra de sus convicciones morales o religiosas. Creemos que eso implica un error conceptual que, al ser clarificado, lleva a descartar la objeción.

²⁹ No solo desconoce el sentido particular de la protección, sino que además la abre a posibles restricciones legales en su goce, pues todos los demás derechos mencionados están sujetos a una cláusula que autoriza su restricción, y no así los derechos parentales, en concepto del Comité de Derechos Humanos, como ya hemos visto.

³⁰ En derecho internacional público, se hace referencia a la interpretación que dé al texto interpretado su "*effet utile*" bajo la máxima "*ut res magis valeat quam pereat*". El tratado debe ser interpretado de forma tal de dar efecto útil a sus disposiciones, siendo ellas consistentes con el objetivo y propósito de este, y el sentido ordinario de los términos. Principio que además ha sido recogido y aplicado específicamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, comenzando por su opinión consultiva sobre el derecho a la información en la asistencia consular. Para una discusión sobre su aplicación por el sistema interamericano, véase Arévalo Narváez, C. E. & Patarroyo Ramírez, P. A., "Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights", Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi), 2017, 10, pp. 295-331.

³¹ Garner, Brian & Scalia, Antonin, Reading Law: The Interpretation of Legal Texts, N. 26. Surplusage Canon, p. 174, Thomson West, 2012.

Recordamos que parte de nuestra discusión inicial sobre los derechos parentales en el derecho internacional los sitúa como parte del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y/o como parte del derecho a la educación. Con respecto a aquél, el derecho no se encuentra sujeto a limitación alguna. Con respecto a éste último, los derechos parentales son parte integrante del derecho a la educación del niño. Como revisamos de manera previa, así como es el caso que el derecho a la educación que el Estado debe asegurar requiere que la instrucción se ajuste, al menos, a los objetivos generales, el cumplimiento correcto de sus obligaciones le exige de igual forma que la provisión del servicio educativo respete los derechos parentales. En otras palabras, el niño tiene derecho a recibir de parte del Estado una educación que, de forma simultánea, atienda a los objetivos generales de la educación, y sea respetuosa de las convicciones morales y religiosas que sus padres buscan transmitir a sus hijos para que vivan su vida. Fallar respecto de cualquiera de los dos aspectos significa que el derecho a la educación no ha sido plenamente respetado. Sostener lo contrario reduciría los derechos parentales a una condición de segunda categoría, inferior a su carácter como derecho humano, o simplemente lo denegaría por completo. Y como ya hemos afirmado, esto no significa que los Estados debieran permitir que cada padre pueda controlar el plan de estudios del sistema escolar pero, a lo menos, su derecho exige que se adopten las medidas necesarias para permitir que los niños se eximan de aquellas partes de la instrucción o contenidos que sean contrarios a sus convicciones, si es que ello resulta ser necesario, en el concepto de los titulares del derecho³².

En lo que respecta al contenido de la instrucción que habría de recibir el niño, tanto el PIDCP como la Convención de los Derechos del Niño delinean los objetivos de la educación con suficiente generalidad como para permitir que diferentes pedagogías y contenidos educativos cumplan con los objetivos acordados. Los Estados, al tiempo de hacer determinaciones sobre el contenido, deben estar conscientes y ser respetuosos de los derechos parentales. Debemos enfatizar una vez más que aquello de lo cual los padres son titulares no es un mero interés, sino que un derecho en plenitud. Los objetivos generales la educación no pueden ni deben interpretarse de manera tal de negar el derecho en sí.

En términos generales, y siendo sin duda casi siempre el caso (no obstante raras excepciones), todos los padres buscan educar a sus hijos conforme de forma que cada uno de ellos desarrolle su personalidad en forma tal que alcancen su máximo potencial, al mismo tiempo que se les enseña a apreciar su propia cultura, familia, y tradición; a tener respeto por todas las personas; y habilitándolos para participar en plenitud en su sociedad³³. Dado que ninguno de estos objetivos

³² Durante los primeros años de vida de los niños, en que es indudablemente el caso que no han adquirido la madurez suficiente o auto conciencia que les permita realizar juicios razonados sobre lo que constituye su interés superior, estas decisiones recaerán y debieran recaer de forma excluyente en los padres, salvo que existan razones sustantivas y apremiantes para privarlos de dicho poder decisorio. En la medida de que los niños crecen y se acercan a la adolescencia, y adquieren en general un nivel mayor de madurez, las decisiones sobre su participación en actividades o la recepción de información que ellos consideran o pueden considerar objetable podría tomarse de forma conjunta entre el niño y sus padres. En cualquier caso, ello exige un juicio dependiendo de las circunstancias concretas a resolverse en la medida de que el problema se manifieste.

³³ Que no es lo mismo que aceptar como verdadero que existe equivalencia moral entre todas las opciones, acciones y estilos de vida desplegados por los seres humanos. Esto en sí constituye el tipo de juicio moral que se encuentra en el centro de cualquier concepción de la buena vida a ser vivida por la persona humana; un juicio que es primeramente parte de la competencia de los individuos y, para nuestros propósitos, uno que los padres realizan desde el nacimiento y durante el desarrollo de sus hijos, a quienes buscan impartir el mismo como parte de su educación y crianza. La manera concreta

determina con especificidad el contenido educativo que han de recibir para ello, los Estados debiesen de realizar tales determinaciones de forma tal que se evite en la mayor medida posible abordar aquellas cuestiones conflictivas sobre las cuales se sabe que existirá división. Es más, tienen un deber de hacer esto. Más aún, existe un núcleo fundamental de la instrucción respecto del cual es improbable que pueda existir un desacuerdo, y es respecto de este que los niños no deben ser nunca privados, a riesgo de perjudicar su capacidad individual para su perfeccionamiento futuro. Todos los individuos de la especie humana están dotados de la inteligencia natural para pensar críticamente y absorber nuevos conocimientos por sus propios medios una vez que han recibido y dominado la lectura, la escritura, la gramática, la lógica y la aritmética. Otras disciplinas o habilidades pueden ser deseables como una cuestión de política pública para una determinada comunidad, pero no son necesarias, en un sentido estricto, para habilitar al individuo a su participación futura en la sociedad y alcanzar su autosuficiencia³⁴.

EL PRECEDENTE DE LA COMISIÓN INTER AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS PARENTALES.

Finalmente, cabe señalar que pese a que la cuestión de los derechos parentales no ha recibido un alto grado de atención por parte del sistema interamericano, es de todas formas el caso que la limitada jurisprudencia de la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos³⁵ apoya nuestra comprensión de este derecho. En 1983, la Comisión adoptó su reporte sobre la situación de Cuba. Entre otras cosas, la Comisión reprochó al Estado cubano por su "rigidez dogmática de los contenidos transmitidos a los educandos, lo cual convierte a ese sistema en un canal más de adoctrinamiento político... los padres han sido injustamente privados de su legítimo derecho a escoger el tipo de educación que consideren más adecuado para sus hijos."³⁶ Del informe en su totalidad se desprende que la Comisión da a entender que los padres pueden ser libres para transmitir a sus hijos sus convicciones morales y religiosas en el hogar, pero se encuentran enteramente excluidos del ámbito escolar mediante el sistema de educación obligatoria del Estado, el cual abraza una cosmovisión cerrada y excluyente correspondiente al materialismo científico, incompatible con las

en que se ha de definir la capacidad de participar en forma plena en la sociedad es fundamental, pero no se encuentra definida en los tratados pertinentes. ¿Qué habilita a una persona para participar en plenitud de la vida social y quién tiene la competencia para decidir si dicho umbral ha sido superado? Podríamos señalar que la idea de la participación en la sociedad incluye la posibilidad de tomar parte en el proceso de toma de decisiones y en la conducción general de los asuntos de la comunidad política a la que uno pertenece. A lo largo de nuestras vidas, cada uno ostenta una membresía en distintos cuerpos sociales, comenzando por nuestras familias y la comunidad política ampliada dentro de la cual nacemos. Si alguna vez fue el caso en que la conducción de los asuntos públicos se encontraba reservada para quienes tenían conocimientos superiores o mayor riqueza, ello no es así hoy, al menos en lo que al derecho respecta. Vivimos en una época en que operamos sobre la premisa de la igualdad radical de todos los individuos en cuanto a su capacidad de participar en la dirección de la comunidad, de forma que todos pueden participar de manera plena con prescindencia de su nivel de preparación o conocimiento, o falta del mismo. En todo caso, el participar o no es una decisión individual de cada persona, y el Estado debiera contentarse con el hecho de que ella se encuentra preparada para hacerlo, si es que así lo escoge, y no con el resultado de lograr en las personas la aceptación de una tradición, cosmovisión o sistema de creencias distinto del de sus padres.

³⁴ En definitiva, el punto es que el niño reciba el conocimiento y destrezas necesarias para que, si así lo decide, pueda elegir una vida distinta a la de sus padres. En el mismo sentido, podríamos agregar que debe tener la posibilidad de vivir una vida distinta de aquella que le propone el Estado. Ver, Upson Hirschhoff, Michelle, *Parents and the Public-School curriculum: is there a right to have one's child excused from objectionable instruction?* en *Southern California Law Review*, Vol. 50 (1977), p. 933.

³⁵ La jurisprudencia de la Corte Inter Americana es inexistente sobre esta cuestión, a la fecha.

³⁶ Comisión Inter Americana de Derechos Humanos, Informe de País – Cuba, 1983, conclusiones, §21.

enseñanzas morales cristianas. Es esa conducta del Estado la que violenta el derecho de los padres a garantizar que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones. Es importante considerar que, dada el compromiso del régimen cubano con el ateísmo, la educación era y es necesariamente irreligiosa. Así, a diferencia de los casos contenciosos que suelen ser más comunes, en que el Estado impone de manera indebida la educación religiosa a los no religiosos, acá ocurre de forma ilegítima precisamente lo opuesto. Nunca fue el caso que un estudiante se viera forzado a recibir educación religiosa en contra de su voluntad (sea que se tratase de ateos o creyentes de otra fe o religión) y sin la posibilidad de eximirse de ello. Por el contrario, la violación de derechos ocurre precisamente porque las escuelas son oficialmente irreligiosas y porque ellas imponen contenidos educativos que, a pesar de ser aparentemente neutrales respecto de la religión, contradicen de manera directa las convicciones morales y religiosas de sus padres.

La Comisión remarcó que Cuba había nacionalizado todas las escuelas existentes, al mismo tiempo que impidió la creación de nuevas escuelas privadas cuya existencia –según el criterio de algunos, como hemos visto– habría solucionado el problema en su totalidad, en la medida de que los padres pudieran enviar a sus hijos a ellas para asegurar que fueran educados de acuerdo con sus convicciones. Pero lo que es destacable es que, en vez de simplemente criticar la prohibición de fundar escuelas privadas y autónomas (lo que de suyo es una violación de derechos), la Comisión reprochó a Cuba por el hecho de que no permitir que ninguna otra cosmovisión pudiera informar el contenido educativo en las escuelas estatales existentes, en adición o con exclusión de aquella promovida por el partido comunista. En este sentido, hizo explícita su crítica al sistema educacional cubano en cuanto “la enseñanza educativa y moral es impartida por el Estado y no por los padres, *al menos dentro de las escuelas*” (énfasis nuestro) y observando que “la educación cubana sufre de una falta de libertad”³⁷. Así, la Comisión reconoce al menos tácitamente que la conducta reprochable de Cuba reside no sólo en la prohibición de crear escuelas independientes, sino que también en su control absoluto y excluyente de la instrucción moral en las escuelas bajo su control. La Comisión los aborda como distintas violaciones de derechos, y no como una sola, en línea con lo que hasta acá hemos argumentado.

La Comisión caracterizó la relación entre el gobierno y las iglesias como una de competencia ideológica, en que el Estado actúa de manera que su cosmovisión marxista-leninista prevalezca por sobre la ética cristiana. A ese efecto, utiliza los vastos recursos a su disposición mediante la educación y los medios de comunicación masivos para promover su propia doctrina³⁸. La Comisión concluyó que dicha conducta debía llegar a su fin, en cuanto ella constituía una violación de la libertad religiosa, y que las iglesias no podrían “competir” cuando se encuentran vedadas de tener acceso tanto a los medios de comunicación como a la educación. El objetivo perseguido por este control era evitar que los padres (y las iglesias) pudieran educar a sus hijos conforme a sus convicciones, pues el contenido moral de la ética cristiana impone exigencias de conducta práctica para los individuos que puede llevar a la oposición al régimen gobernante³⁹.

³⁷ Ídem, capítulo XIV, el derecho a la educación, §43-44.

³⁸ Ídem, §12.

³⁹ Ídem, capítulo VII, derecho a la libertad religiosa y de culto.

CONCLUSIONES.

Los derechos parentales en la educación son derechos humanos. No pueden ni deben ser obviados como un mero interés de los padres. Si hemos de tomar los derechos humanos en serio respecto de su función protectora de la justicia elemental para cada persona en contra de las injerencias abusivas del Estado o de las mayorías gobernantes, el compromiso con una concepción robusta de los derechos parentales es absolutamente indispensable.

Los derechos parentales no implican que los padres individualmente considerados tienen derecho a vetar los planes de estudios o contenidos de sus escuelas o del sistema escolar. Sí implican, en cambio, que el Estado se encuentra bajo la obligación de, en el transcurso de proveer el servicio educacional a todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción, adoptar las medidas que puedan ser necesarias para que la experiencia educativa no entre en conflicto con las convicciones morales o religiosas de los padres, en la mayor medida posible. Cuando este objetivo no se alcanza, incluso a pesar de los mejores esfuerzos del Estado, los padres igualmente tienen derecho a que sus hijos sean exentos de la instrucción o participación en actividades con las cuales tienen objeción por motivos morales o religiosos. Los Estados están sujetos a la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, e incumplen la misma si dejan que el asunto sea resuelto exclusivamente por los tribunales de justicia.

Los derechos parentales no se ven debidamente respetados, en conformidad con el derecho de los tratados revisados, por el mero hecho de que los padres tengan la opción teórica de enviar a sus hijos a un colegio privados o de educarlos en casa. Ni tampoco son plenamente respetados por el hecho de que el Estado acate la libertad de los padres para impartir conocimientos a los niños en los confines del propio hogar. Ambas proposiciones son erradas en su interpretación en cuanto privan a los derechos parentales, reconocidos en los tratados de derechos humanos, de su contenido específico y efecto útil, denigrándolos al punto de ser redundantes. Más aún, los derechos parentales no se gozan ni se ejercen en oposición a los derechos de los niños a ser educados, sino que son parte integrante e inseparable de este último, siendo reclamable por los niños (o los padres en su representación), en contra del Estado.

Los organismos internacionales monitores de tratados han aceptado que los derechos de los padres son una parte integral del derecho a la educación de los niños, y que su pleno respeto a veces se traducirá en la necesidad de aceptar exenciones o alternativas. En el caso específico de la región americana, y por las razones que hemos dado en extenso, una aproximación con enfoque de derechos humanos, coherente con el principio *pro-homine*, requiere del Estado que adopte las medidas que hagan efectivo su goce y ejercicio. Esto constituye uno de los objetivos hacia los cuales debieran avanzar los países de la región, en su continuo esfuerzo por garantizar al máximo los derechos de todas las personas.

Tomás Henríquez C.
Licenciado en Derecho.
LL.M. en Derecho Internacional Público.
Abogado senior, ADF International.