



m.o.o.

Santiago, 26 de julio de 2021

OFICIO N° 162-2021

Remite sentencia

**EXCELENTÍSIMO SEÑOR
PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS:**

Remito a V.E. copia de la sentencia dictada por esta Magistratura, en el proceso **Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas)**, sobre requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Senadoras y H. Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto de los artículos 11, inciso primero, en la frase "en cuyo caso las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo."; 11, inciso segundo, en la frase "que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado."; 31, inciso cuarto, en la frase ", o por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren"; 31, inciso quinto, en la frase ", o por sí mismos, si su edad, grado de madurez y la autonomía con la que se desenvuelven así lo permitieren."; 41, inciso cuarto, en la frase ", de carácter laico y no sexista,"; del proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez, contenido en el Boletín N° 10.315-18

Dios guarde a V.E.

Secretaria

**A S.E.
EL PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS
DIEGO PAULSEN KEHR
CONGRESO NACIONAL
VALPARAISO**



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas)

[26 de julio de 2021]

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADO POR UN GRUPO DE PARLAMENTARIOS QUE CONSTITUYEN MÁS DE LA CUARTA PARTE DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO DEL H. SENADO Y DE LA H. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS RESPECTO DE TODO O PARTE DE LOS PRECEPTOS COMPRENDIDOS EN LAS FRASES QUE TRANSCRIBEN DE LOS ARTÍCULOS 11, 31 Y 41 DEL PROYECTO DE LEY QUE “ESTABLECE UN SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ”, CONTENIDO EN EL BOLETÍN N° 10.315-18.

VISTOS:

1. Introducción

Con fecha 29 de junio de 2021, a fojas 1, en autos Rol 11.315, 15 **H. señoras y señores Senadores de la República**; y con la misma fecha a fojas 1, en autos Rol 11.317, 50 **H. señoras y señores Diputadas y Diputados de la República**, deducen sendos requerimientos solicitando a esta Magistratura, conforme al artículo 93 N° 3 de la Constitución Política de la República, que declare la inconstitucionalidad de todo o parte de los preceptos comprendidos en las frases que transcriben de los artículos 11, 31 y 41 del Proyecto de Ley que “Establece un Sistema de garantías de los derechos de la niñez”, contenido en el Boletín N° 10.315-18.

2. Parte impugnada del texto del proyecto de ley

Los parlamentarios requirentes solicitan se declare inconstitucional:



En el Artículo 11, inciso primero, la frase: “en cuyo caso las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo.”

En el Artículo 11, inciso segundo, la frase: “que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado,”

En el Artículo 31, inciso cuarto, la frase: “,o por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren.”

En el Artículo 31, inciso quinto, la frase: “, o por sí mismos, si su edad, grado de madurez y la autonomía con la que se desenvuelven así lo permitieren.”

En el Artículo 41, inciso cuarto, la frase: “, de carácter laico y no sexista,”.

3. Antecedentes y conflicto constitucional.

Se encuentra acreditado en autos que los parlamentarios requirentes constituyen en ambos casos más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado y de la Cámara de Diputadas y Diputados.

El proyecto de ley en cuestión fue iniciado por mensaje de la ex Presidenta de la República doña Michelle Bachelet e ingresado a la Cámara de Diputados en septiembre del año 2015; siendo despachado por el Congreso Nacional y remitido al Presidente de la República el respectivo oficio de ley con fecha 25 de junio de 2021, y habiéndose ingresado los requerimientos parlamentarios antes de la promulgación de la ley.

El proyecto de ley se funda en los siguientes principios rectores aplicables al sistema de garantías de los derechos de la niñez que se viene estableciendo: a. Los niños como sujetos de derechos. b. La protección integral de la niñez. c. La protección efectiva del ejercicio de los derechos. d. La integración de la protección; y consta 88 artículos permanentes y 5 disposiciones transitorias, impugnándose por los parlamentarios requirentes -conforme indican- partes precisas y acotadas de los artículos 11, 31 y 41 del Proyecto, normas referidas a la autonomía progresiva, a la libertad de asociación y reunión, y al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, respectivamente; y normas que, indican los H. Senadores, infringen los artículos 1º, inciso cuarto; 5º inciso segundo; 19 numerales 6º, 10º, 11º y 26º; y el artículo 66, de la Constitución Política de la República; agregando los H. Diputados, además, la infracción del artículo 1º, inciso quinto, y del artículo 19 numeral 2º de la misma Carta Fundamental.

En primer término, respecto a las **frases impugnadas del artículo 11, sobre autonomía progresiva**, alegan las partes requirentes que esta preceptiva vulnera el



derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos, y el deber del Estado de otorgar especial protección al ejercicio de ese derecho, conforme al artículo 19 N° 10, inciso tercero, en relación con el artículo 19 N° 26, de la Constitución Política, toda vez que el proyecto al preceptuar en esta parte que cuando se trate de derechos fundamentales que limiten el ejercicio de la denominada “autonomía progresiva” de los niños, dichas limitaciones deben interpretarse siempre restrictivamente, no está respetando que uno los derechos fundamentales cuyo ejercicio limita dicha autonomía progresiva del niño está dado, precisamente, por la preferencia que otorga la Constitución a los padres para educar a sus hijos; preferencia que no puede ser invertida a favor de los niños, y menos sin excepción posible, como intenta el proyecto de ley en abierta contradicción a la Constitución; al tiempo que al disponer el proyecto que los niños, niñas y adolescentes van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras “que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres...” se está soslayando que dentro de los elementos esenciales del derecho preferente de los padres –por sobre los niños y el mismo Estado- a educar a sus hijos, se encuentra la dirección y orientación de los niños en el ejercicio de sus derechos, siendo los padres a quienes corresponde determinar paulatinamente si el menor requiere menor dirección y orientación, y no a los niños en base a un principio de autonomía educativa de rango legal que contraría el texto constitucional expreso, afectando en su esencia el artículo 19 N° 10.

En segundo lugar, respecto a las **frases impugnadas del artículo 31, sobre libertad de asociación y reunión**, alegan las y los H. Senadores y H. Diputados requirentes que estas disposiciones del proyecto de ley son inconstitucionales, toda vez que persiguen que los niños puedan ejercer estos derechos tomando parte en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, o promoverlas o convocarlas, por sí mismos y sin la compañía de sus padres, excluyendo la debida autorización de éstos, quienes son los que cuentan con el derecho a dirigir y orientar a sus hijos en virtud, igualmente, de lo consignado en el artículo 19 N° 10 en relación con el artículo 19 N° 26 de la Constitución, dando así en esta parte también por infringido en su esencia el derecho preferente y el deber de los Padres a Educar a sus Hijos por parte de la iniciativa de ley impugnada.

Respecto de estos dos primeros capítulos, concluyen los actores que, conforme a la Constitución vigente, no resulta posible restringir o limitar el núcleo esencial de los derechos parentales a través del establecimiento de principios con jerarquía normativa simplemente legal, como lo es el principio de autonomía progresiva, por lo que deben declararse necesariamente inconstitucionales las partes indicadas de los artículos 11 y 31 del proyecto.

Agrega en esta parte el requerimiento de los Senadores en Rol 11.315 que el propio poder Constituyente Derivado, ya intentó sin éxito la incorporación de la autonomía progresiva como derecho de los niños en nuestra Constitución a través de un proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción, en materia de garantías y derechos del



niño/a, contenido en los boletines 8167 y 11700, y que no obtuvo la votación para su aprobación en la Cámara de Diputados; estándole sin duda proscrito al legislador pretender disponer el mismo principio de autonomía restringiendo o limitando por norma infraconstitucional el núcleo esencial del derecho de los padres a educar a sus hijos, y su garantía de preferencia constitucional.

Y, en tercer término, respecto a la frase “, **de carácter laico y no sexista,**” **contenida en el artículo 41, inciso cuarto, sobre derecho a la educación,** se afirma por las y los Senadores y Diputados requirentes que con esta disposición del proyecto se vulnera la Carta Fundamental tanto por motivos de forma como por razones de fondo.

En cuanto a la **inconstitucionalidad formal**, manifiestan que el artículo 41 en la parte impugnada constituye una norma de rango orgánico constitucional, sin que se haya aprobado con el quorum requerido por el artículo 66 inciso segundo de la Constitución.

En efecto la disposición en comento tiene por propósito mandar al Estado la imposición de un contenido de inclusión obligatoria en la educación, ya que en el ámbito de competencias del Estado, está sin duda la enseñanza directa en los establecimientos públicos, al tiempo que el artículo 19, N° 11, inciso final establece que son materia de ley orgánica constitucional, aquellas que imponen cualquier “requisito mínimo que deberá exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media”. En abono de esta argumentación, se citan las sentencias Roles 1588 y 2781 de este Tribunal Constitucional en que se calificó materias relativas a la educación sexual y a la formación laica en los establecimientos del Estado como propias de la referida ley orgánica constitucional.

En todo caso, indica el libelo de los H. Senadores, a todo evento la norma sería igualmente orgánica constitucional por el 19 N° 11, bajo la tesis del denominado “complemento indispensable”.

Así, concluyen H. Senadores y H. Diputados que la norma impugnada, conforme a los artículos 19 N° 11 y 66 constitucionales, debió ser aprobada por ambas cámaras con el quorum constitucional de los 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, lo que no aconteció respecto de la norma en cuestión que recibió en su primer trámite constitucional en la Cámara, el voto favorable de sólo 71 diputadas y diputados; y en segundo trámite, sólo 14 votos favorables en el Senado. Se concluye que lo recién expuesto exige la declaración de inconstitucionalidad formal por parte de esta Magistratura, a fin resguardar debidamente la Supremacía Constitucional.

Por otra parte, en cuanto a las alegaciones de **inconstitucionalidad de fondo** del mismo artículo 41, se sostiene en ambos libelos que al señalarse que el Estado garantizará, una educación sexual y afectiva integral, de carácter laico y no sexista, se está mandando al Estado la imposición de un contenido de inclusión obligatoria en la educación, determinando este precepto un único y exclusivo enfoque ideológico o



doctrinal que dicha materia debe observar y transmitir, siendo necesariamente una educación sexual “laica y no sexista”, lo que por su propio significado excluye toda posible dimensión religiosa o afectiva, o legítimas diferencias en razón de sexo, afectando de esta forma diversas disposiciones de la Constitución. A saber:

1°. Senadores y Diputados afirman que el artículo 41 al imponer al Estado el deber de garantizarle al niño una educación sexual y afectiva integral de carácter laico y no sexista vulnera el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, de acuerdo con sus propias creencias y convicciones religiosas y morales, infringiendo al artículo 19 N° 10°, en relación también con el artículo 19 N° 6° que asegura la dimensión religiosa o confesional de la educación también como derecho fundamental, y con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución que, en vinculación, entre otras disposiciones de tratados internacionales invocadas en los requerimientos, como la Convención sobre los Derechos del niño, ratificada y vigente en Chile, y que se afectaría por ejemplo en su artículo 14.1 y 14.2 que dispone que “[l]os Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, y también que “[l]os Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres (...) de guiar al niño en el ejercicio de sus derechos de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

En el caso del impugnado artículo 41, al contrario, el legislador pretende imponer que toda educación sexual y afectiva integral “debe” ser laica y no sexista, sin más, esto es, ausente de toda expresión religiosa, a diferencia de casos de otras leyes que se citan en que se ha sorteado esta inconstitucionalidad precisando en la propia ley que la palabra “laico” debe entenderse en el sentido de “respetuoso de toda expresión religiosa”, como por ejemplo en la Ley N° 20.845, sobre inclusión escolar. Además, la propia Constitución establece que la educación tiene por objeto “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, pleno desarrollo que desde luego incluye la dimensión espiritual, moral o religiosa, lo que a su vez es constitucionalmente parte del derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, conforme a sus convicciones religiosas y morales, estando proscrito al Estado limitar por ley ese derecho a que sus hijos reciban educación religiosa y moral en materia sexual y afectiva de acuerdo a las creencias de sus padres.

2°. H. Senadores y H. Diputados afirman que, el artículo 41, en la parte cuestionada vulnera la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 19 N° 11, incisos primero y cuarto, constitucional, en cuanto derecho de los padres.

La libertad de enseñanza recogida en la Carta Fundamental, además, del derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos, incluye también del derecho de los padres a elegir el establecimiento de enseñanza de sus hijos a fin de que ellos reciban una educación acorde con sus convicciones morales o religiosas; siendo evidente que la pretendida imposición de una educación “laica y no sexista” constituye una categoría de suyo incompatible con el texto constitucional, al prohibir, por un lado, enseñar ciertos contenidos, como al obligar a enseñar aquello que no se aviene con las



convicciones del titular de la libertad de enseñanza, que son las personas que han abierto un establecimiento educacional con un proyecto educativo determinado, pero más fundamentalmente aún, los padres a quienes se les conculca su derecho a escoger una educación acorde a sus propias convicciones para sus hijos.

3°. En el libelo de las y los H. Senadores, Rol 11.315, se indica que el artículo 41, en la parte cuestionada, vulnera la finalidad del Estado de promover el bien común, conforme al artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución, reiterando que la expresión “laica y no sexista” está compuesta por una noción que excluye la dimensión religiosa en la educación sexual de los niños, prohibiendo además toda diferencia por razón de sexo, aunque esta no sea arbitraria y esté legítimamente fundada en convicciones o creencias; afectándose en consecuencia la realización espiritual de la persona como elemento esencial del bien común, en vinculación también con el derecho fundamental de manifestar todas las creencias que el Estado debe garantizar.

4°. En el libelo de las H. Diputadas y los H. Diputados, Rol 11.117, se señala que el artículo 41, en la parte cuestionada, vulnera además el artículo 1°, inciso quinto, de la Constitución; en relación con el artículo 19, número 2°, por el efecto que genera el precepto de negar la igualdad de oportunidades a todos los padres y estudiantes en el sistema educativo, mediante una imposición de uniformidad en los establecimientos educativos, que desde luego impide la debida atención a la diversidad cultural, religiosa y social de las familias. A su vez, se genera una discriminación arbitraria al solo asegurar una educación sobre la sexualidad que sea “laica y no sexista”.

En cuanto a las reservas de constitucionalidad durante la tramitación del proyecto, estas son referidas en términos similares a fojas 9 y siguientes, del libelo de los H. Senadores, Rol 11.315; y a fojas 10 y siguientes del requerimiento Rol 11.317, de los H. Diputados.

Así, se da cuenta de que conforme consta del Segundo Informe de la Comisión Especial Encargada de Tramitar Proyectos de Ley Relacionados con los Niños, Niñas y Adolescentes del Senado, la H. Senadora von Baer hizo reserva de constitucionalidad al artículo 11 del Proyecto, sosteniendo dicho instrumento que *“la reserva de constitucionalidad se basa en estimar que el modo en que se estructura la autonomía progresiva en este precepto, se aleja de lo dispuesto por el Código Político en estas materias, en especial, de lo establecido en el numeral 10° del artículo 19 del texto constitucional, en concreto, en lo relativo al contenido del derecho preferente y deber de los padres a educar a sus hijos”*.

Además, el H. Senador Pugh en la Sesión 149°, de 26 de enero de 2021, consignó que respecto del artículo 41 inciso cuarto que *“se refiere al deber del Estado de garantizar una educación sexual y afectiva integral, de carácter laico y no sexista, puedo señalar que esta materia tiene implicancias en el sentido que puede atentar, afectar los derechos y los deberes*



preferentes de los padres para educar a sus hijos. Y, obviamente, esto se contrapone con la libertad de enseñanza que tenemos garantizada en el país”.

No obstante lo señalado, ambas partes requirentes indican que no se exige por la Constitución “preparar el requerimiento”, citando al efecto el precedente STC Rol N° 1361 para dar por cumplido para todos los efectos lo atinente a las reservas de constitucionalidad.

Concluyen los parlamentarios requirentes, a fojas 37 en Rol 11.315, y a fojas 54 en Rol 11.317, solicitando a esta Magistratura Constitucional, que en definitiva acoja los requerimientos deducidos, declarando que todo o parte de las frases cuestionadas de los artículos 11, 31 y 41 del Proyecto de Ley que “Establece un Sistema de garantías de los derechos de la niñez”, contenido en el Boletín N° 10.315-18, son inconstitucionales y deben ser eliminados del texto de dicho proyecto.

4. Tramitación y observaciones a los requerimientos.

Por sendas resoluciones del Pleno de este Excelentísimo Tribunal, de 6 de julio de 2021, se acogieron a tramitación y se declararon admisibles los presentes requerimientos de inconstitucionalidad, se decretó la **acumulación de autos**, y se ordenó poner los libelos en conocimiento de S.E. el Presidente de la República, del H. Senado y de la H. Cámara de Diputadas y Diputados para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, formularen observaciones y presentaren antecedentes.

Por presentación de 11 de julio de 2021, a fojas 1408 y siguientes, **S.E. el Presidente de la República**, señor Sebastián Piñera Echenique, en conjunto con el señor Ministro Secretario General de la Presidencia, y la señora Ministra de Desarrollo Social y Familia, formulan sus observaciones, instando para que, en su mérito, esta Magistratura acoja en todas sus partes los requerimientos deducidos, declarando inconstitucionales los preceptos cuestionados del Proyecto de Ley que “Establece un Sistema de garantías de los derechos de la niñez”.

En primer término, el Ejecutivo hace referencia al contenido del proyecto, sus principios rectores y su tramitación en el Congreso Nacional, y las discusiones generadas respecto a los tres preceptos que se impugnan.

A continuación, a fojas 1441 y siguientes, se afirma cómo estos preceptos vulneran el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos consagrado en el artículo 19 N° 10, inciso tercero, que excluye la preeminencia toda autoridad o terceros por sobre los padres, así como la protección que el Estado debe brindar a ese derecho; también la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a escoger un establecimiento de enseñanza para sus hijos, reconocidas en el artículo 19 N° 11 de la Constitución, y se afectan estos derechos en su esencia, infringiendo el artículo 19 N° 26.



Y, a fojas 1461 y siguientes, se agrega la infracción al artículo 66 de la misma Carta Fundamental, en relación con el artículo 19 N° 11, en orden a la inconstitucionalidad formal del artículo 41 inciso cuarto en la parte impugnada, por no haber sido aprobada en ambas cámaras del Congreso Nacional con quórum de ley orgánica constitucional.

Concluye S.E. el Presidente de la República manifestando que el Proyecto sobre Garantías de la Niñez aprobado el H. Congreso Nacional ciertamente, cumple con el objetivo de robustecer el marco normativo de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, y constituye un avance sustantivo al reconocer y regular diversos principios de protección de la niñez y derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en otros tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

Sin embargo, los preceptos particulares impugnados por los Senadores y Diputados requirentes, contenidos en las frases pertinentes de los artículos 11, 31 y 41 del Proyecto, vulneran el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos, consagrado en el artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 19 N° 11 de la misma, referido al derecho de los padres respecto a la enseñanza para sus hijos; también el artículo 19 N° 26, y el artículo 66 inciso segundo de la Constitución, por lo cual se solicita a esta Magistratura que acoja en todas sus partes los requerimientos deducidos en este expediente constitucional.

5. Cuaderno separado y audiencia pública

El Pleno del Tribunal, conforme a resolución de 13 de julio de 2021, a fojas 2578, resolvió autorizar que quienes sin ser parte como órganos constitucionales legitimados ni interesados, manifestaren interés en el presente asunto jurídico-constitucional, pudieran acompañar informes escritos, ordenándose abrir cuaderno separado al efecto, y también se convocó a audiencia pública para oír a quienes lo solicitaren en forma, la que se verificó el día de 15 de julio de 2021, con anterioridad a la vista de la causa, y siendo oídas las siguientes exposiciones públicas:

N°	EXPOSITOR	INSTITUCIÓN A LA QUE REPRESENTA
1	Harry Grayde Klenner	World Vision International
2	Natalia Ocampo Naveas	Red de abogados de la niñez, REDAN CHILE
3	Branislav Marelic Rokov	Branislav Marelic Rokov
4	Álvaro Ferrer Del Valle	Corporación Comunidad y Justicia
5	Tomás Henríquez Carrera	Tomás Henríquez Carrera



6	María Luisa Montenegro Torres	Defensoría de la Niñez
7	Camila de la Maza Vent	Corporación de Oportunidad y acción Solidaria OPCIÓN
8	Ignacio Eduardo Rodríguez Navarro	Fundación Jaime Guzmán
9	Nicole Romo Flores y Paulina Fernandez Fawaz	Comunidad de Organizaciones Solidarias
10	Gonzalo Letelier Widow	Centros de Padres Colegio Tabancura y otros.
11	Simona Canepa Aravena	Centros de Padres Colegio Santa María de Guadalupe y otros.

6. Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 15 de julio de 2021 se verificó la vista de la presente causa, oyéndose la relación pública y los alegatos de los abogados Jorge Barrera Rojas, por las y los H. Senadoras y Senadores requirentes; Cristóbal Aguilera Medina, por las y los H. Diputadas y Diputados requirentes; y Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín, por S.E. el Presidente de la República (todos por vía remota).

Con la misma fecha quedó adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia (certificado a fojas 2592).

Y CONSIDERANDO:

I.- IDENTIFICACIÓN DE LAS IDEAS FUNDAMENTALES SOBRE LAS QUE GIRA LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.

PRIMERO. En términos generales, este Tribunal Constitucional acogerá los requerimientos parlamentarios deducidos en razón de la excesiva interferencia regulatoria del Estado en el espacio de libertad y autonomía de los cuerpos intermedios, particularmente de la familia -núcleo fundamental de la sociedad- y, en menor medida, de los establecimientos de enseñanza. En lo sustantivo, las disposiciones impugnadas vulneran “*el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos*” (artículo 19, N° 10°, inciso tercero) y, en la última de las disposiciones objetadas, también el derecho de los padres “*de escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos*” (artículo 19, N° 11°, inciso cuarto).

SEGUNDO. El dilema no es más o menos protección a los niños, niñas y adolescentes. Tampoco el principio -natural, por cierto- de autonomía progresiva.



Igualmente, el meollo de la discusión no dice relación con la titularidad o no de derechos fundamentales de personas menores de edad. Nada de eso. Desde una mirada global, lo que realmente está detrás de la discusión suscitada es una diferente visión acerca del valor que la Constitución asigna a ese espacio comunitario íntimo de padres e hijos, como lo es la familia, en su relación con el Estado, y las posibilidades de éste de constreñir sus espacios de libertad y autonomía en el ámbito educativo.

TERCERO. El proceso educativo es uno que se encuentra naturalmente vinculado a la familia. Ésta existe porque un niño no está capacitado para valerse por sí mismo. En ella, los padres -de manera preferente- han de asumir la responsabilidad gratuita y prioritaria de ejercer su autoridad para conducir a sus hijos en su camino a la adultez, inspirados en lo que es bueno para ellos de acuerdo a su mejor juicio. En este tránsito hacia la adultez, hay una labor educativa concreta y cotidiana en que los padres cuidan y enseñan a sus hijos desde sus propias convicciones. Se trata de un largo y complejo proceso de comunicación de cultura que va más allá de lo meramente pedagógico o académico.

CUARTO. Hay que tener presente que el sistema de reglas al interior de una familia es de una naturaleza diferente a aquel dictado por el Estado. El sistema de permisos, libertades y restricciones presente en la relación de una mamá y/o papá con sus hijos se construye a nivel doméstico y de una manera informal. Al interior de una familia predomina una regulación social doméstica. Es un espacio esencialmente desregulado desde el punto de vista jurídico. Los padres tienen el deber de preocuparse por el interés superior de sus hijos procurando su mayor realización espiritual y material posible, y los hijos el deber de respetar y obedecer a sus padres no porque el artículo 222 del Código Civil así lo estipule, sino por el deber moral propio de la relación paterno y materno filial.

QUINTO. Las disposiciones impugnadas del “proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez” reflejan un cambio de paradigma. De manera sintética y sin eufemismo, se consagra una regulación jurídica estatal en virtud de la cual se favorece la intervención del Estado ante discrepancias entre padres e hijos respecto de las limitaciones por parte de los padres a los requerimientos de un hijo menor de edad por una menor dirección y orientación (artículo 11, inciso 2º) o, derechamente, para actuar por sí sólo respecto de determinadas situaciones (artículo 31, incisos 4º y 5º). Estos conflictos han de ser dirimidos aplicando reglas legales en que las limitaciones al ejercicio de los derechos atribuidos a los hijos a partir del principio de autonomía progresiva deben interpretarse de manera siempre restrictiva (artículo 11, inciso 1º). Además, este proceso educativo desarrollado en el seno de una familia, el cual es complementado por la labor de los establecimientos de enseñanza elegido por los padres, se ve nuevamente interferido por el Estado a través de la consagración de la obligación impuesta a dichos establecimientos de implementar un determinado tipo (no neutral)



de educación sexual y afectiva integral. En efecto, el Estado se autoimpone el deber de garantizar que ésta tenga un carácter laico y no sexista (artículo 41, inciso 4º).

SEXTO. El Proyecto de Ley, a través de las disposiciones impugnadas, da cuenta de una interferencia reguladora del Estado en un ámbito de autonomía especialmente protegido por la Carta Fundamental. El principio constitucional general de autonomía de los grupos intermedios (artículo 1º, inciso tercero) y el superior valor reconocido a la familia en nuestra sociedad (artículo 1º, inciso segundo) es confirmado de una manera clara y específica en lo relativo a la educación de los hijos. En dicho campo, la primacía de los padres respecto del Estado no admite dudas. No sólo se reconoce explícita y determinadamente la preferencia, sino que se advierte al Estado sobre su especial deber de respetarla: “[l]os padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho” (artículo 19, N° 10º, inciso tercero). Este espacio protegido de autonomía “frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos” (STC 740, c. 15 y STC 2787, c. 6) se expresa, también, en la libertad de autodeterminación “regulatoria” de los padres de familia para desplegar su autoridad y primacía de juicio en su rol de educador para el bien de sus hijos.

SÉPTIMO. Este derecho preferente a educar a sus hijos y conducirlos progresivamente en su camino hacia la adultez se ve relativizado al punto de afectar su esencia (artículo 19, N° 26º). Se constata en el Proyecto una juridificación de las relaciones de una madre y/o padre con sus hijos. Hay un cambio de orientación. La educación parece, equivocadamente, concebirse bajo una óptica de derechos y prestaciones jurídicamente exigibles. Nadie discute que, a veces, lamentablemente, debe recurrirse a la justicia para velar por la protección de los niños. Sin embargo, bajo la justificación de estar velando por el interés superior del niño se avanza (con sutileza sólo en apariencia) hacia la sustitución del rol tutelar de los padres por el del Estado a través del otorgamiento de derechos a hijos menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su madre o padre. El hermoso deber de los padres de familia de educar a sus hijos está siendo reducido, por medio de la juridificación estatal de la vinculación filial, a un inferior deber de respeto a una cierta interpretación de autonomía progresiva dictada por terceros (el Estado en sus distintas facetas). Por esta vía se ve incrementado no sólo el poder de los tribunales de justicia (Estado en su faz judicial), sino también la mano cada vez más visible del aparato administrativo del Estado.

OCTAVO. Al respecto, cabe destacar la tutela administrativa de derechos. El Proyecto prevé que todo niño o adolescente, o cualquier persona en su nombre e interés, podrá interponer una acción de garantía de los derechos de los menores -ante riesgos, amenazas o vulneraciones de los mismos- ante la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familiar, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o las



Oficinas Locales de la Niñez. El objetivo es que los órganos competentes adopten las medidas necesarias para hacer cesar la afectación de sus derechos, bajo un procedimiento que se regulará mediante un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de derechos.

NOVENO. Otra esfera en la que queda de manifiesto una inconstitucional interferencia en el ámbito de libertad y autonomía familiar (y escolar) es, como se indicó más arriba, aquel referido a las preferencias valóricas (incluso religiosas) en la educación sexual y afectiva integral de los hijos. La disposición impugnada en el artículo 41 del Proyecto consagra una acción positiva del Estado a favor de procurar un determinado tipo de educación. Que la educación sexual y afectiva integral deba ser -en conjunto- “laica y no sexista”, significa excluir otras dimensiones valóricas, prohibiendo, incluso, diferencias en razón de sexo que no son arbitrarias. La norma impugnada, a diferencia de lo que podría pensarse, no busca la entrega de una educación plural, con mayor contenido o diversidad por parte de los establecimientos educacionales.

Esto tiene repercusión, como se dijo, no sólo en el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos y de escoger el establecimiento de enseñanza para ellos, sino que, también, está íntimamente vinculado a la libertad religiosa, de conciencia y la manifestación de todas las creencias garantizada por la Constitución en su artículo 19, Nº 6º. El derecho de los padres sólo tiene sentido en la medida en que pueda hacerlo de acuerdo a sus propias convicciones morales y/o religiosas.

DÉCIMO. No resulta suficiente para desestimar los vicios de inconstitucionalidad la eventual posibilidad de una interpretación armónica o sistémica que permita conciliar el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos o hijas con la garantía de los niños, niñas y adolescentes de una autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y libertades. Quienes se asilan en tal postura repiten que el artículo 9º del proyecto de ley, en su inciso segundo, señala que: “[e]l ejercicio de los derechos establecidos en el presente Título II deberá considerar el derecho preferente y el deber de los padres y/o madres de educar a sus hijos, según lo establece la Constitución Política de la República”. Por lo explicado en los considerandos previos y recurriendo al mismo texto, este Tribunal no estima plausible una lectura de las disposiciones impugnadas como si éstas carecieran de efecto útil o éste fuera marginal.

Es necesario notar que la obligación que impone la ley es el “deber considerar” el derecho de los padres. Por tanto, el derecho de los padres de educar a sus hijos se convierte en un elemento a considerar, y no como la regla que debe vencerse a través del análisis del mejor interés del niño, niña o adolescente. A la misma conclusión se llega al revisar lo que indica el artículo 7º, inciso quinto, letra c), que señala que para la determinación del interés superior del niño “se deberán considerar las circunstancias específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes”, dentro de



las cuales una de ellas es la *“opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente”*.

UNDÉCIMO. Lo anterior es una muestra más de cómo las normas impugnadas del proyecto de ley invierten la regla constitucional que reconoce la tutela educativa de los padres respecto de sus hijos. La regla por defecto cambia. El eje central prioritario pasa a estar en la autonomía de los niños, niñas y adolescentes más que en el rol tutelar de los padres ejerciendo su autoridad y primacía de juicio para el bien de sus hijos. La acción del Estado en este ámbito esquiva la intermediación de los padres. La especial protección que la Constitución le asigna al Estado ha dejado de ser al ejercicio del derecho preferente de los padres de educar a sus hijos. Las disposiciones objetadas denotan cierta reticencia a entender que, tratándose de niños, niñas y adolescentes, el Estado -en general- sirve a las personas a través de la familia, a la cual debe protección (artículo 1º, inciso quinto, de la Constitución).

II.- RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 11, INCISO PRIMERO.

DUODÉCIMO. La primera disposición del Proyecto que se ha impugnado corresponde a la frase subrayada contenida en el inciso primero del artículo 11 que a continuación se transcribe:

“Artículo 11.- Autonomía progresiva. Todo niño, niña y adolescente, de conformidad al Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales, en cuyo caso las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo.”

DECIMOTERCERO. Al señalar el proyecto de ley que *“las limitaciones a los derechos de un niño o adolescente deben interpretarse siempre de modo restrictivo”* lo que hace es dirimir *a priori* un conflicto en la aplicación de la ley. En efecto, cuando en conformidad a la ley el intérprete deba abordar una discrepancia entre el ejercicio del derecho de un niño, niña o adolescente y la directiva del padre o madre respecto a lo que es mejor para su interés, dicha disyuntiva deberá zanjarse interpretando la posibilidad de limitación del derecho del niño, niña o adolescente *“siempre de modo restrictivo”*.

DECIMOCUARTO. Esta regla se refuerza con lo señalado por el artículo 3º, incisos segundo y cuarto del mismo proyecto de ley. En el caso del inciso segundo, porque contiene una regla que obliga al intérprete a fundar su interpretación *“primordialmente en el principio de la aplicación más favorable a la vigencia efectiva del derecho conforme al interés superior del niño, niña o adolescente”*. Y en lo que respecta al inciso cuarto, ya que establece que *“se prohíben las interpretaciones que afecten la esencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”*.



DECIMOQUINTO. Lo que consigue la norma impugnada es invertir la preferencia garantizada constitucionalmente a los padres. Así, por vía simplemente legal, lo que termina siendo restringido interpretativamente es el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, el cual ha de ceder a favor de la autonomía progresiva del niño. La forma en que el legislador modula este último principio desnaturaliza el artículo 19 N° 10, inciso tercero, de la Constitución.

III.- RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 11, INCISO SEGUNDO.

DECIMOSEXTO. La segunda disposición que se ha impugnado corresponde a la frase subrayada contenida en el inciso segundo del artículo 11 del Proyecto, el que señala lo siguiente:

“Durante su proceso de crecimiento los niños, niñas y adolescentes van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado, junto con un aumento paulatino de su capacidad de responsabilización y toma de decisión respecto de aspectos que afectan su vida. El desarrollo y profundización de capacidades que favorecen la autonomía de los niños, niñas y adolescentes se ve afectado, no sólo por la edad, sino también por aspectos culturales y por las experiencias individuales y colectivas que configuran su trayectoria de vida.”.

DECIMOSÉPTIMO. Resulta claro que la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos y libertades es un hecho evidente y propio de la madurez que va adquiriendo cada uno de ellos a través del proceso educativo. Ése no es el problema constitucional que afecta a la norma. El reparo se evidencia a partir del verbo “requerir” utilizado por el legislador. En efecto, la disposición refleja que ya no es el buen juicio de quien educa lo que impera, sino que es el niño, niña y adolescente quien tiene el derecho a “requerir” – es decir, exigir o reclamar – menor dirección y orientación respecto de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado.

DECIMOCTAVO. Esta disposición es otra manifestación de la misma “óptica invertida” presente en las otras disposiciones impugnadas, con excepción de la última, en que esto se expresa de manera indirecta. La norma impugnada entiende la autonomía progresiva como una forma de limitación del derecho de los padres de educar a sus hijos, a través del retiro de su participación en el desarrollo de la madurez del niño, niña y adolescente en la medida que ellos mismos lo califican de esta manera y, por tanto, “requieren” menor intervención materna, paterna o de sus cuidadores. La utilización del verbo “requerir” denota una concepción adversarial de la relación educativa. La norma impugnada no busca conciliar el principio de autonomía progresiva con el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos



reconocido en el artículo 19, N 10º de la Constitución. Por el contrario, lo infringe, y así lo declarará este Tribunal.

IV.- RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 31, INCISOS CUARTO Y QUINTO.

DECIMONOVENO. En el artículo 31 del Proyecto el legislador ha propuesto dos incisos que, en su frase final, han sido objeto de impugnación. Se trata, en ambos casos, de la misma expresión y se encuentra subrayada para su adecuada identificación en la transcripción siguiente de los incisos cuarto y quinto del mencionado artículo:

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tomar parte en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas convocadas conforme a la ley, sean de carácter festivo, deportivo, cultural, artístico, social, religioso, o de cualquier otra índole, en compañía de sus padres y/o madres, otros adultos responsables, o por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren.”

Asimismo, tienen derecho a promover y convocar reuniones y/o manifestaciones públicas de conformidad a la ley, en compañía de sus padres y/o madres, otros adultos responsables, o por sí mismos, si su edad, grado de madurez y la autonomía con la que se desenvuelven así lo permitieren.”

VIGÉSIMO. El artículo 31 dice relación con el ejercicio de los derechos de reunión y participación de los niños, niñas y adolescentes. La parte requerida de los incisos cuarto y quinto permiten que éstos puedan promover, convocar y participar de reuniones y manifestaciones públicas de cualquier índole “*por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren*”. Se agrega como condición (y aspiración), el que se trate de manifestaciones públicas pacíficas y convocadas en conformidad a la ley.

VIGÉSIMO PRIMERO. Lo estipulado en el Proyecto en esta parte es una aplicación en un ámbito concreto determinado de lo señalado en el acápite anterior. El vicio constitucional es el mismo. En virtud de estas disposiciones se juridifica la relación de dirección y guía de los padres respecto de sus hijos menores de edad. Se otorga un derecho legal jurídicamente exigible a favor de un niño, niña o adolescente para obrar, en ciertas situaciones, sin necesidad de autorización por parte de sus padres.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Los permisos paternos o maternos y el cumplimiento de las reglas por parte de los niños, niñas y adolescentes no son una materia que esté regulada legalmente. Eso es parte de la regulación social doméstica, y aunque existan diversas normas del Código Civil relativas a los deberes de respeto y obediencia a los padres que tienen los hijos – artículo 222, inciso segundo – o incluso la facultad de corrección de los padres a los hijos – artículo 234, inciso primero - no



son deberes exigibles o justiciables sino que se trata de un deber moral, sin sanción jurídica directa.

VIGÉSIMO TERCERO. En cambio, el proyecto de ley en esta parte nuevamente refleja un cambio de paradigma. Lo nuevo de este proyecto de ley está en el involucramiento del Estado regulando jurídicamente un espacio fundamentalmente libre de interferencias externas. Por esta razón, no es posible asumir que las disposiciones son meramente expresivas o reiteran normas ya existentes. De hecho, los derechos establecidos a los hijos son -de alguna forma- justiciables: existe un procedimiento administrativo especial de protección del niño, niña o adolescente ante un órgano que crea el mismo proyecto de ley – las Oficinas Locales de la Niñez (artículos 70 y siguientes del proyecto de ley).

V.- RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL PROYECTO DE LEY – LA FRASE “DE CARÁCTER LAICO Y NO SEXISTA”.

VIGÉSIMO CUARTO. La última disposición que se ha impugnado corresponde a la frase subrayada contenida en el inciso cuarto del artículo 41 del Proyecto, el que señala lo siguiente:

“El Estado garantizará, en el ámbito de sus competencias y conforme a sus atribuciones y medios, una educación sexual y afectiva integral, de carácter laico y no sexista, y velará por que los establecimientos educacionales otorguen el debido respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa de los niños, niñas y adolescentes, así como por promover ambientes educativos libres de violencia, maltrato y bullying.”.

VIGÉSIMO QUINTO. El cambio de paradigma que caracteriza este proyecto de ley se advierte, también, en este ámbito. El término “laico” se encuentra incorporado en nuestra legislación. Su falta de precisión ha llevado a que se explicita que una educación de esa característica deba entenderse como *respetuosa de toda expresión religiosa, y pluralista*¹. El legislador decidió innovar acuñando un nuevo

¹ Por ejemplo, la Ley N° 18.956, que reestructura el Ministerio de Educación Pública, señala en el artículo 1º, inciso segundo, que:

“Es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad, fundada en un proyecto educativo público laico, esto es, respetuoso de toda expresión religiosa, y pluralista, que permita el acceso a toda la población y que promueva la inclusión social y la equidad.”

Lo mismo señala el artículo 3º, letra f), inciso segundo del DFL N° 2, de 2009, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005:

En los establecimientos educacionales de propiedad o administración del Estado se promoverá la formación laica, esto es, respetuosa de toda expresión religiosa, y la formación ciudadana de los estudiantes, a fin de fomentar su participación en la sociedad.



concepto o caracterización (“laico y no sexista”). Lo plural y respetuoso de toda expresión religiosa y, en general, valórica no está asegurado. Lo “no sexista” no es una calificación de contenido neutral. Agrega algo que no era satisfecho con el solo uso del término “laico” ni con principios constitucionales y legales que garantizan la igualdad de hombres y mujeres, así como la prohibición de discriminar arbitrariamente². La disposición impugnada mandata al Estado a garantizar una determinada forma de proveer educación sexual y afectiva integral. No cualquiera. Se limita o constriñe lo que antes era posible. Los establecimientos de educación que los padres elijan para sus hijos de acuerdo a su cosmovisión valórica y religiosa deben, ahora, perfilarse hacia un tipo de educación menos diversa.

VIGÉSIMO SEXTO. De acuerdo con el Departamento de Género de la Universidad Diego Portales³, “[c]uando hablamos de una educación sexista, hacemos referencia a las múltiples formas en las cuales, de manera explícita o implícita, de manera formal o informal, las instituciones educativas, los procesos de enseñanza y aprendizaje, producen y reproducen desigualdades de género. Esta educación sexista transcurre en la sala de clases, pero también se desarrolla en los pasillos, en los patios, en las reuniones de trabajo y en los diferentes rituales que hacen a la cultura de las instituciones educativas.” De esta forma, “el reclamo por una educación no sexista pone en el centro del debate un cuestionamiento al androcentrismo aún imperante en nuestra sociedad. El androcentrismo es una de las formas más generalizadas de sexismo y una de las de mayor impacto en la educación. Consiste en ver el mundo desde la perspectiva masculina, tomando al hombre y más específicamente, a cierto tipo de hombre (adulto, blanco, cis-género, heterosexual, urbano, etc.) como parámetro o modelo de lo humano. Es por esto que los desafíos de una educación no sexista implican reflexionar en torno al androcentrismo, al binarismo de género y a la heteronorma”.

En igual sentido, el artículo 4º, inciso sexto de la misma ley indica que:

Sin perjuicio de sus demás deberes, es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad, fundada en un proyecto educativo público, laico, esto es, respetuoso de toda expresión religiosa, y pluralista, que permita el acceso a él a toda la población y que promueva la inclusión social, la equidad, la libertad y la tolerancia.

² Nadie avala la discriminación arbitraria. Esto no está en cuestión. La Ley General de Educación establece en su artículo 3º que son principios del sistema educativo chileno la no discriminación arbitraria (letra k); la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social (letra f), y la educación integral, es decir, “puntos de vista alternativos en la evolución de la realidad y de las formas múltiples del conocer, considerando además, los aspectos físico, social, moral, estético, creativo y espiritual” (letra ñ).

³ Departamento de Género de la Universidad Diego Portales: “Por una educación no sexista”, disponible en <https://genero.udp.cl/departamento-de-genero/por-una-educacion-no-sexista/>



VIGÉSIMO SÉPTIMO. Presumiblemente, la cosmovisión valórica identificada previamente no es compartida por muchas familias y establecimientos de enseñanza escogidos por los padres para complementar la educación que se les entrega a sus hijos. No está en discusión el que la educación sexual y afectiva que se imparta pueda tener dicho tipo de orientación (“laica no sexista”). Lo constitucionalmente reprochable es la exclusión de otras dimensiones valóricas sobre la materia. Esto afecta la libertad de enseñanza (en particular, el artículo 19, N° 11°, inciso cuarto) y la libertad religiosa (expresada en el artículo 19, N° 6° de la Constitución como “libertad de conciencia”, “manifestación de todas las creencias” y “ejercicio libre de todos los cultos”). El contenido constitucional de la libertad religiosa, en lo pertinente a este caso, es bien capturado por el artículo 6° letra d) de la Ley N° 19.638:

“La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de: (...) d) Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí -y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado-, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

VIGÉSIMO OCTAVO. La norma propuesta refleja, nuevamente, una interferencia excesiva del Estado en espacios de libertad y autonomía especialmente protegidos. La imposición de una orientación educativa “laica y no sexista”, significa excluir otras dimensiones valóricas que los padres por sí y a través de los establecimientos de enseñanza que escojan para sus hijos deseen promover formativamente. La norma impugnada, a diferencia de lo que podría pensarse, no busca la entrega de una educación plural, con mayor contenido o diversidad por parte de los establecimientos educacionales.

VI.- INCONSTITUCIONALIDAD DE FORMA: SOBRE EL CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 41.

VIGÉSIMO NOVENO. Siguiendo el análisis realizado en la sentencia rol N° 2779, para determinar si la norma impugnada reviste o no el carácter orgánico constitucional en razón de si constituye o no un requisito para el reconocimiento oficial, debe dilucidarse, previamente, la noción de “reconocimiento oficial”.

TRIGÉSIMO. Al respecto debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 45 del D.F.L. N° 2 del Ministerio de Educación, del 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 del año 2009 (LEGE), el cual define dicho concepto atendiendo, entre otros elementos, al ejercicio de los derechos derivados de un acto administrativo. En efecto, dicho artículo 45 dispone que “[e]l reconocimiento oficial del Estado es el acto administrativo en virtud del cual la autoridad confiere a un establecimiento educacional la facultad de certificar válida y



autónomamente la aprobación de cada uno de los ciclos y niveles que conforman la educación regular, y de ejercer los demás derechos que le confiere la ley”.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Dado lo anterior, para verificar si se establece un nuevo requisito para el reconocimiento oficial, noción sustantiva que va más allá de un carácter meramente formal, resulta necesario aludir a aquel derecho cuyo ejercicio se entiende vinculado al concepto de “reconocimiento oficial”, al punto de formar parte de éste.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. La ley crea una nueva obligación a los sostenedores de establecimientos educacionales: la entrega de una “educación sexual y afectiva integral, de carácter laico y no sexista”, mandatando a los órganos del Estado a garantizar dicha obligación. Esta norma forma parte de la denominada “normativa educacional”, y por tanto, la fiscalización de su cumplimiento corresponde a la Superintendencia de Educación Escolar, conforme lo dispone el artículo 48 y 49 letra a) de la Ley N° 20.529.

TRIGÉSIMO TERCERO. El incumplimiento de la norma impugnada, al ser parte de la “normativa educacional”, puede significar la pérdida del reconocimiento oficial del establecimiento educacional según establece el artículo 73 de la Ley N° 20.529.

TRIGÉSIMO CUARTO. La creación de una nueva obligación para un sostenedor de establecimiento educacional, cuyo incumplimiento puede derivar en la pérdida de su reconocimiento oficial deviene, por lógica, en el establecimiento de un nuevo requisito para este reconocimiento oficial, lo cual es una materia propia de ley orgánica constitucional en virtud de la última oración del inciso quinto del N° 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

TRIGÉSIMO QUINTO. Por lo anterior, la frase “de carácter laico y no sexista” constituye un nuevo o innovador requisito al reconocimiento oficial y, por ende, es una disposición de naturaleza orgánica constitucional.

TRIGÉSIMO SEXTO. Habiéndose concluido que la frase “de carácter laico y no sexista” impugnada en el proyecto de ley constituye un nuevo requisito al reconocimiento oficial y, por lo tanto, es una disposición de naturaleza orgánica constitucional que debe ser controlada en su constitucionalidad por este Tribunal, cabe verificar, como cuestión determinante, si en el proceso legislativo se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66, inciso segundo, de la Constitución.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. El inciso segundo del artículo 66 de la Carta Fundamental establece que “[l]as normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán para su aprobación, modificación o derogación de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio”.



TRIGÉSIMO OCTAVO. A efectos de determinar el quórum de aprobación de la norma impugnada, consta que durante su tramitación en el Congreso Nacional no reunió el quórum de cuatro séptimos de los senadores en ejercicio que es constitucionalmente requerido para su aprobación como ley orgánica constitucional, al haber sido aprobado por 14 votos, por lo que infringe lo prescrito en el inciso segundo del artículo 66 de la Carta Fundamental.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, inciso primero, N° 3°, e incisos cuarto a sexto, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República, y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGEN LOS REQUERIMIENTOS DEDUCIDOS POR UN GRUPO DE PARLAMENTARIOS QUE CONSTITUYEN MÁS DE LA CUARTA PARTE DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO DEL H. SENADO Y DE LA H. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS, POR LO QUE SE DECLARAN INCONSTITUCIONALES LOS SIGUIENTES PRECEPTOS DEL PROYECTO DE LEY QUE “ESTABLECE UN SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ”, CONTENIDO EN EL BOLETÍN N° 10.315-18:

EN EL ARTÍCULO 11, INCISO PRIMERO, LA FRASE: “, EN CUYO CASO LAS LIMITACIONES DEBEN INTERPRETARSE SIEMPRE DE MODO RESTRICTIVO”

EN EL ARTÍCULO 11, INCISO SEGUNDO, LA FRASE: “QUE LES PERMITEN, PROGRESIVAMENTE, REQUERIR MENOR DIRECCIÓN Y ORIENTACIÓN POR PARTE DE LOS PADRES Y/O MADRES, REPRESENTANTES LEGALES O LAS PERSONAS QUE LOS TENGAN LEGALMENTE A SU CUIDADO”

EN EL ARTÍCULO 31, INCISO CUARTO, LA FRASE: “, O POR SÍ SOLOS, SI SU EDAD Y EL GRADO DE AUTONOMÍA CON EL QUE SE DESENVUELVEN ASÍ LO PERMITIEREN”

EN EL ARTÍCULO 31, INCISO QUINTO, LA FRASE: “, O POR SÍ MISMOS, SI SU EDAD, GRADO DE MADUREZ Y LA AUTONOMÍA CON LA QUE SE DESENVUELVEN ASÍ LO PERMITIEREN”

EN EL ARTÍCULO 41, INCISO CUARTO, LA FRASE: “DE CARÁCTER LAICO Y NO SEXISTA,”.



DISIDENCIA

Los **Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y el Ministro SEÑOR RODRIGO PICA FLORES** disienten de lo indicado en esta sentencia, conforme a las siguientes argumentaciones.

1º. En cuanto a las consideraciones generales este voto distinguirá cuatro aspectos. Primero, definirá el conjunto de criterios comunes con los cuales se examinará el requerimiento que cuestiona cinco normas del proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez, contenido en el Boletín N° 10.315-18. En segundo lugar, se profundizará en el principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y se dedicará a rechazar el libelo en cuanto impugna los principales efectos jurídicos de esta autonomía que se reflejan en el artículo 11 del proyecto de ley. En tercer lugar, se analizará la impugnación específica de manifestaciones de la autonomía progresiva de los NNA en materia de libertad de asociación y del derecho de reunión y que una minoría parlamentaria cuestiona en diversas frases del artículo 31 del proyecto de ley. Y, finalmente, rechazaremos la impugnación por vicios formales y de fondo al artículo 41 del proyecto de ley en cuanto orienta el proceso de educación sexual bajo un carácter laico y no sexista. Cabe considerar que este último punto no es compartido por la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, según lo especifica en voto por acoger el vicio formal.

I.- Criterios comunes del voto disidente.

2º. El requerimiento se orienta a una intervención quirúrgica sobre determinados vocablos y expresiones, de un modo minimalista, sustentando buena parte de las inconstitucionalidades, en la defensa del derecho preferente de los padres de educar a sus hijos. Más allá de lo que explicaremos en profundidad, en cada apartado de este voto, la impugnación es reduccionista y expresa una lectura fragmentada, aislada y despojada de todo elemento integral que es consustancial a un proyecto de ley que vela por la globalidad de los derechos fundamentales de la niñez, como extensión aplicativa de la Convención de los Derechos del Niño. Lo anterior, exige reorientar el punto de partida del problema constitucional y para eso describiremos los siguientes criterios comunes. Primero, los NNA son doblemente titulares de derechos fundamentales, según la Convención de Derechos del Niño y, asimismo, según la Constitución. Segundo, los NNA tienen la capacidad iusfundamental para el ejercicio de los derechos fundamentales de los que son titulares. Tercero, no hay oposición en los derechos de los niños y el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, y solo existen modulaciones en su ejercicio. En cuarto lugar, no es posible invocar la Convención de Derechos de los Niños para limitar esos mismos derechos más de aquello que la propia Convención lo autoriza. Finalmente, no puede interpretarse como regla binaria una norma de adecuación progresiva de la madurez.



A.- La titularidad de los derechos fundamentales y los niños como sujetos de derecho.

3º. Los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos. El requerimiento se construye, fundamentalmente, sobre la base del derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, soslayando completamente los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Ello no se aviene con lo dispuesto en la Constitución y con la Convención sobre los Derechos de los Niños, que el propio requerimiento invoca.

4º. Tal como señalan los profesores Pablo Contreras y Domingo Lovera, “la Constitución tiene una regla general de titularidad. El art. 19 tiene un enunciado que establece “[I]a Constitución asegura a todas las personas [...]” y luego se consagran los diversos derechos fundamentales. Bajo esta regla, la titularidad de los derechos se reconoce “a todas las personas”. Su fundamento, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, se encuentra en el reconocimiento de la dignidad humana. El Tribunal Constitucional ha entendido que la dignidad constituye la “fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en su art. 19” (STC 1287, 1273, 2747, 2801, 2921 y 3028)” (Contreras, Pablo y Lovera, Domingo (2020) *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 80).

5º. Siguiendo a los autores mencionados, esta titularidad amplia encuentra fundamento en la igualdad ante la ley y la prohibición de no discriminación, que se sigue del artículo 1º de la Constitución, así como del encabezado de su artículo 19. Si bien se discute el alcance de la titularidad de los derechos fundamentales respecto de algunas hipótesis, existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de que todas las personas naturales sin distinción alguna son titulares de los derechos fundamentales que consagra la Carta Fundamental. Las personas naturales se reputan como tales desde el nacimiento. Esta titularidad se apoya no solo en la idea de igualdad, sino también, fundamentalmente, en el valor de la dignidad humana. “[L]a concepción de dignidad debe contemplar al menos dos sentidos constitucionalmente relevantes. El primero es la dignidad como autonomía, es decir, como el respeto de la agencia moral de los individuos. Este sentido se deriva de la protección del libre desarrollo de la personalidad y del reconocimiento de derechos para que las personas puedan desarrollar, de forma autónoma, su propia biografía. El segundo sentido es la dignidad como igualdad, esto es, la igual condición de reconocimiento entre sujetos de derechos” (Contreras, Pablo (2017). *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*. Santiago: LOM Ediciones, p. 122).

Por consiguiente, los NNA, en tanto personas naturales, son sujetos de derechos y, en consecuencia, son titulares de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

6º. Esta titularidad constitucional se corresponde con el modo de tratamiento convencional de los derechos de los NNA en la Convención de Derechos del Niño en



cuanto representativo del giro desde concebir intereses de los niños como objeto de protección a los derechos de los niños como sujetos de los mismos.

Esa titularidad fluye directamente desde el preámbulo de esa Convención y con el reconocimiento pleno de todos los derechos propios de esa titularidad, de acuerdo a lo sostenido en los artículos 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 21º, 27º y 29º, entre otros más. En conclusión, los NNA son titulares de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la Constitución, entre los cuales se encuentra, la libertad de conciencia, el derecho a la educación, la libertad de expresión y el derecho de reunión. La Convención sobre Derechos de los Niños también establece que los niños tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 14), a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (artículo 15) y el derecho a la educación (artículo 28).

7º. Esta cuestión ha sido objeto de análisis por los organismos interpretativos oficiales de la Convención. Siendo así el Comité de Derechos del Niño ha sostenido en variadas Observaciones Generales, de un modo sistemático y armónico, la idea de esta titularidad. Partiendo por la definición de a quiénes abarca la Convención: “La Convención sobre los Derechos del Niño define al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1). En consecuencia, los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos (art. 5).” (Observación General N° 4, p. 3).

Esta noción la funda en el principio de dignidad en virtud del cual “el concepto de dignidad exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como ser humano único y valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad.” (Observación General N° 13).

En consecuencia, concluye que “la Convención establece la condición del niño como individuo y titular de derechos humanos. El niño no es propiedad de los padres ni del Estado, ni un simple objeto de preocupación. En este espíritu, el artículo 5 exige que los padres (o, en su caso los miembros de la familia ampliada o de la comunidad) impartan a los niños, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.” (Observación General N° 8).

8º. De este modo, el reconocimiento de esta titularidad ya no solo fluye del epígrafe del artículo 19 sino que es consonante con el sentido limitativo que le impone al Estado el considerarlos como tal, en virtud del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución en cuanto derechos reconocidos en tratados ratificados y vigentes en Chile.



B.- La capacidad iusfundamental de los NNA y su ejercicio.

9º. Podríamos entender que el requerimiento acepta la idea de titularidad de los derechos de los NNA. Sin embargo, hay un punto donde yerra al atribuirle una capacidad meramente civil y no constitucional a los niños.

Como sabemos, distinto de la titularidad es la capacidad y ejercicio de derechos. El ejercicio del derecho es “una actividad potencial de parte del titular del derecho y dependerá no sólo de su capacidad de goce, sino también de su capacidad de ejercicio” (Contreras, Pablo (2017). Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general. Santiago: LOM Ediciones, p. 126). El profesor Pablo Contreras sostiene que no cabe confundir la capacidad civil de ejercicio de la capacidad iusfundamental de ejercicio, dado que “la regla general en el derecho constitucional es que todas las personas tienen capacidad de goce de derechos fundamentales -o capacidad de obrar iusfundamental- y, en principio, todas ellas tienen capacidad de ejercicio iusfundamental de derechos. Es la personalidad la fuente para atribuirle, sin perjuicio de que el legislador pueda regular la capacidad de ejercicio en virtud de determinados fines, como los propios del derecho civil” (Contreras, Pablo (2017). Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general. Santiago: LOM Ediciones, p. 127).

10º. Al respecto, cabe tener presente que la profesora Maricruz Gómez de la Torre ha señalado que “el sistema de la voluntad sustituida está en abierta contradicción con la doctrina de la Convención de Derechos del Niño que establece el principio de la autonomía progresiva que reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, con voluntad que les permite expresar intereses y deseos, de acuerdo con sus facultades, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres o tutor o curador” (Gómez de la Torre, Maricruz (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, (18), pp. 117-137, p. 122).

11º. Por lo anterior, puede afirmarse que el requerimiento parlamentario invierte la regla general de capacidad iusfundamental de ejercicio, ya que parte de la premisa de que los NNA no tienen capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales y requieren para ello habilitación expresa de la ley, subordinando la Constitución a la ley. Además, confunde esta capacidad iusfundamental con la capacidad civil de ejercicio, al citar a modo de ejemplo el Código Civil. Esta cuestión fue ampliamente extendida en la audiencia pública y en los alegatos como extensión o mera emanación de la patria potestad. En consecuencia, ratificatoria de la vinculación de la Constitución al orden civil, lo que constituye un giro anticopernicano.

C.- El derecho-deber de los padres de educar a sus hijos.

12º. El deber de los padres de educar a sus hijos supone el derecho de los hijos a ser educados por sus padres.

En tal sentido, el inciso tercero del numeral 10º del artículo 19 de la Constitución no solo consagra el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, sino también el deber de educarlos. En este orden de ideas, el TC ha señalado que “en cuanto



derecho de los padres, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes. Y en cuanto deber constitucional se traduce en obligaciones de hacer, las que existen tanto en la enseñanza formal en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe” (STC 740, c. 15º. En el mismo sentido, STC 2787, c. 6º).

13º. El Comité de los Derechos del Niño señala que “[e]n circunstancias normales, los padres de un niño pequeño desempeñan una función esencial en la realización de sus derechos, junto con otros miembros de la familia, la familia ampliada o la comunidad, incluidos los tutores legales, según sea el caso” (Observación General N° 7, párr. 15). La responsabilidad de los padres en la realización de los derechos de los niños está prevista en el artículo 5 de la CDN y está vinculada al requisito de que actúen en el interés superior del niño. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño este artículo “establece que la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el “niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Ello se aplica igualmente a los niños más pequeños y a los mayores. Los lactantes dependen totalmente de otros, pero no son receptores pasivos de atención, dirección y orientación. Son agentes sociales activos, que buscan protección, cuidado y comprensión de los padres u otros cuidadores, a los que necesitan para su supervivencia, crecimiento y bienestar” (Observación General N° 7, párr. 15).

14º. Siguiendo la clasificación de las relaciones jurídicas fundamentales de W.N Hohfeld, cabe concluir que el deber de los padres de educar a sus hijos tiene como correlativo el derecho de los hijos a ser educados por sus padres. A su vez, al derecho preferente de los padres de educar a sus hijos le corresponde un deber del Estado, instituciones, grupos y personas.

15º. Si el derecho a la educación tiene como propósito adquirir los conocimientos y las herramientas para que las personas puedan desarrollar libremente su personalidad, de acuerdo con la evolución de sus facultades, el deber de los padres de educar a sus hijos no puede conllevar la anulación del ejercicio de los derechos fundamentales de que son titulares los NNA, cuyo conocimiento y ejercicio está íntimamente ligado al proceso educativo del que forman parte los padres, tal como se expresa en la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos del Niño.

16º. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño señala que “[e]l artículo 5 contiene el principio de que padres (y otros) tienen responsabilidad de ajustar continuamente los niveles de apoyo y orientación que ofrecen al niño. Estos ajustes tienen en cuenta los intereses y deseos del niño, así como la capacidad del niño para



la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Si bien un niño pequeño en general requiere más orientación que uno mayor, es importante tener en cuenta las diferencias individuales en las capacidades de niños de la misma edad y sus maneras de reaccionar en diversas situaciones. La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión y que tradicionalmente se han justificado alegando la relativa inmadurez del niño es una sociedad de socialización. Los padres (y otros) deberían ser alentados a ofrecer una “dirección y orientación” centrada en el niño, mediante el diálogo y los ejemplos, por medios que mejoren la capacidad del niño pequeño para ejercer sus derechos, en particular su derecho a participar (art. 12) y su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14)” (Observación General N° 7, párr. 17).

D.- Interpretación conforme a la Convención y a la Constitución.

17º. Uno de los principios interpretativos del Derecho Internacional impide utilizar los propios términos de un tratado internacional para limitarlo más allá de lo que considera el propio tratado.

En este caso, tenemos evidencias de un criterio reduccionista de la titularidad y capacidad iusfundamental de los NNA en los términos que identifican el conflicto constitucional los propios requirentes. Esta cuestión, ¿tiene fundamento convencional?

18º. En nuestro concepto no, porque el inciso final del artículo 29 de la Convención de Derechos de los Niños autoriza a los particulares y las entidades educativas a un amplio margen de acción pero “a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo”. Y tal artículo es claro en orden a especificar 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.”



19°. En consecuencia, el proceso educativo contiene no solo la libertad de los padres sino el desarrollo de la personalidad en el máximo de las posibilidades de los NNA así como de preparación de éstos para asumir una vida responsable en una sociedad libre, incluyendo el respeto a sus padres y tradiciones y sin oponerse a éstos.

20°. Esta interpretación reduccionista genera un doble efecto inconstitucional. Primero, porque al reducir el alcance de los derechos de las NNA de un modo arbitrario afecta el reconocimiento que la Constitución otorga a estos mismos derechos en relación con sus titulares desde el nacimiento. Y, en segundo lugar, el otro efecto inconstitucional es el modo a través del cual no respeta el artículo 54, numeral 1°, inciso 5° de la Constitución al imponer una manera de entender la Convención que termina abrogando contenidos de la misma por formas distintas a las establecidas en el artículo 52 de la propia Convención de Derechos del Niño. Concebir una capacidad de ejercicio inexistente en los NNA es una denuncia del tratado por vías no aptas para realizarlo.

21°. El hecho que lo impugnado fuera algunos artículos de un proyecto de ley no disminuye este efecto por dos razones. Primero, porque esta ley ejecuta los contenidos de la propia Convención y, segundo, porque la interpretación reduccionista se toma de la Convención para realizar una limitación desmedida e inconvencional.

E.- Problema interpretativo de anular el sentido evolutivo de la autonomía y decretar que el derecho concede la autonomía a las personas.

22°. Por último, la autonomía progresiva es interpretada por los requirentes como una conquista que sólo se obtiene al final del camino como si fuera una regla binaria: las personas serían heterónomas hasta que logran su autonomía.

Esta constatación es un error en el ámbito de la psicología, de la antropología y de la sociología y no repasaremos desde Piaget o Kohlberg en adelante el sentido evolutivo del proceso de aprendizaje.

23°. El problema que nos interpela es esencialmente jurídico. La conceptualización de la autonomía progresiva se explica en su sentido propio pero también como una analogía de procesos normativos.

Hay autonomía porque solo desde ella es posible aprehender conceptual, volitiva e intelectualmente los procesos de aprendizaje de un modo tal en donde la finalidad orienta la adecuación de derechos fundamentales mediante la educación.

Pero es progresiva porque el paso anterior asienta el que sigue. No es alcanzar una cima puesto que vista así la autonomía configuraría un parámetro insostenible de obtener para muchos adultos. La progresión es el camino. La misma Constitución lo comprende así cuando establece que “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida” (inciso 2° del numeral 10 del art. 19), consistiendo la educación, por lo tanto, en un proceso permanente en que la persona paulatinamente, y a lo largo de toda su existencia, va adquiriendo las herramientas que le sirvan para lograr formarse íntegramente para estar en condiciones de lograr



los objetivos de bien que se proponga, de convivir armónicamente con los demás y de participar en forma responsable y activa en la sociedad.

De este modo, impugnar la autonomía progresiva y sus consecuencias jurídicas que implican la reducción paulatina de la guía directiva parental, es como reprochar la existencia del principio de proporcionalidad o de ponderación como instrumentos de realización de todos los derechos, en un contexto en donde todos y a cada una de las personas puedan obtener su mayor realización material y espiritual posible, conforme lo predica el artículo 1º inciso 4º de la Constitución. Justamente la progresión es la adaptación a cada caso y la autonomía es el resultado de procesos personales que pueden ser más o menos exitosos. Y el deber normativo del proyecto de ley sobre derechos de la niñez es velar por todos y cada uno de los NNA amparados por esta normativa.

CAPÍTULO I.- Impugnación al artículo 11 del proyecto de ley en cuanto cuestiona la autonomía progresiva y sus consecuencias.

A.- Sobre la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes.

24º. Dentro de las fuentes constitucionales la constitución política, dado su carácter normativo y operativo tiene un efecto vinculante de índole directa, sin necesidad de mediación normativa alguna, transformándose en una característica que irradia al ordenamiento jurídico completo, estimándose que ninguna de sus disposiciones pueda quedar al margen o entrar en pugna con la supremacía que le es propia, tal como lo reconoció este órgano en el fallo STC 1287 de 2018, en su motivo 36.

La supremacía material está en la cúspide de sistemas de fuentes que comprende el Derecho positivo material, de manera que posee una máxima jerarquía normativa y de ello se desprende que las demás normas jurídicas extraen su aplicabilidad y/o validez de ella. También se traduce en una supremacía formal, esto es, que el complejo procedimiento requerido para su enmienda, que exige un quórum elevado descansa el poder constituyente derivado mediante los mecanismos de reforma de la Carta Fundamental (artículo 6, inciso primero y 127 y ss. CPR);

25º. En cuanto a los tratados internacionales, éstos constituyen fuentes del derecho propiamente tales, reconocidas en la Constitución, pero con formas de aprobación, ratificación, reserva, declaraciones interpretativas, retiro y en general, con modificaciones, derogaciones o suspensiones particulares, que se ciñen a las reglas del propio tratado o a las normas generales del derecho internacional (artículo 54, numeral 1º de la Constitución).

De este modo, la soberanía de los órganos estatales debe estar limitada formalmente por el modo de producir y ejecutar ese derecho, conforme a las reglas que los propios tratados imponen, así como a sus modificaciones, y materialmente por el contenidos de los propios derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales, según el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución.



26°. De esta manera, más allá de si el tratado mismo o los derechos propiamente tales tienen una integración normativamente constitucional; las demás normas de los tratados tienen un rango de ejecución, en virtud del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dado que estos tienen aplicabilidad preferente sobre las normas de fuente interna en caso de contradicción entre unos y otros, al señalar dicha disposición que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado” como lo ha reconocido la Corte Permanente de Justicia Internacional [Gabriel Celis Danzinger (2018) *Las Fuentes del Derecho Público*, Ed. Hammurabi, Chile, p. 68].

En aquellas situaciones en que existieren conflictos normativos entre tratados incorporados al Derecho chileno y normas de fuente nacional, cabe recordar que ellos no se solucionan por las normas generales de resolución de antinomias previstas en nuestro ordenamiento interno (principio de jerarquía, especialidad y temporalidad aplicables a las reglas jurídicas). En efecto, nuestro sistema constitucional no determina la producción y validez del tratado sino tan solo su incorporación al ordenamiento jurídico interno y consecuente aplicabilidad (artículo 32, N° 15 y 54, N°1 CPR.). Los tratados internacionales se originan y encuentran su validez en las fuentes productoras del Derecho internacional, contenidas en la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados (artículo 6° y ss.) (Gabriel Celis Danzinger, *op. cit.* p. 70, citando a Humberto Nogueira en *Dogmática Constitucional*, Ed. U. de Talca, Chile, 1997, pp. 33 y ss.).

En virtud de lo razonado cabe hacer presente que la Convención sobre los Derechos del Niño, es plenamente aplicable de forma directa en la especie.

27°. La Convención sobre los Derechos del Niño busca promover en el mundo los derechos de los niños y niñas, cambiando definitivamente la concepción de la infancia, siendo aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas, reconociéndose por la comunidad internacional que, a diferencia de los adultos, las personas menores de 18 años necesitan una atención y protección especial, rigiéndose por cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, su supervivencia, desarrollo y protección, así como su participación en decisiones que les afecten. Chile ratificó dicho convenio el 14 de agosto de 1990. A partir de ella, se invierte la antigua relación del derecho con los menores, considerándolos, ya no más, como simples objetos de derecho -de tutela y represión-, sino que como sujetos de derechos (García Méndez, Emilio; *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, Segunda Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 65 y ss.).

28°. Con su entrada en vigencia se consolida una nueva visión sobre la posición jurídica del NNA en la sociedad y cómo debe entenderse su participación en la vida pública y privada; ya no se ve al “niño” como objeto de protección por parte del Estado y de la sociedad, sino como sujeto de derechos originarios (Marboto, Jorge A.;



Consideraciones sobre incidencia de la Convención de los Derechos del Niño en Uruguay, Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 200, p.19). Así, a partir de este tratado se cambia la perspectiva que se tenía de la infancia y “los niños y niñas no se consideran propiedad de sus padres ni beneficiarios indefensos de una obra de caridad; son seres humanos y los titulares de sus propios derechos” (<https://www.unicef.org/chile/los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-tienen-derechos>).

29°. Este cambio de paradigma y la concepción de los NNA como sujetos de derechos, significa que son titulares de los mismos derechos de que gozan todas las personas, junto a una serie de derechos específicos que derivan de su condición de personas en desarrollo. Este cambio jurídico resulta, también, en un innovador esquema de comprensión entre Estado y los niños y adolescentes, en todos los ámbitos de su vida, como la escuela, el sistema de salud y de justicia, con el sistema legal recogido por nuestra legislación. Si bien, se reconoce que esta nueva condición modifica el estatus jurídico de los NNA, la posibilidad de ejercer ciertos derechos se encuentra relacionada de forma íntima con el denominado principio de autonomía de la voluntad, al cual alude el artículo 5° de la CDN a través de la incorporación del concepto jurídico de Autonomía Progresiva.

30°. Siguiendo esta nueva concepción, la Convención innova doctrinariamente en materia de capacidad, modificando el enfoque jurídico clásico conferido a la infancia que concebía al niño como “un mero receptor de la oferta pública o privada de servicios, asumiendo el carácter de beneficiario o de objeto de la protección del Estado y sociedad”, visión jurídica que configuraba la llamada doctrina de la situación irregular que “implicaba creer que los niños tenían una personalidad imperfecta e inacabada, (...) siendo éste el principal instrumento de base para legitimar el poder absoluto y discrecional que se ejercía sobre los más jóvenes” (Cillero Bruñol, Miguel. Niños y Adolescentes: sus derechos en Nuestro Derecho, SENAME, Santiago de Chile, 1995, p. 18 y 21); surgiendo como contrapartida la doctrina de la Protección Integral, la que “deja de considerar al niño/a como una persona inmadura, incompleta, en proceso de desarrollo, carente y en ocasiones peligroso, para pasar a ser reconocido como sujeto titular y portador de ciertos derechos y atributos fundamentales que le son inherentes por su condición de persona humana, más los derechos específicos que derivan de su condición de niño/a”(Magistris, Gabriela Paula. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derechos Tensiones y compatibilidades”, [En línea] <https://www.aacademica.org/gabrielamagistris/9.pdf>, y construyendo un “sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas” (Cillero Bruño, Miguel. Infancia, justicia y derecho. Op Cit., p.21).

Por ello, la Convención no sólo contempló los derechos humanos de la infancia, sino que considera la posibilidad de ponerlos en práctica a través de una



nueva idea de autonomía, la denominada **autonomía progresiva**, la que **“no se trata de un ejercicio progresivo de derechos** (no se puede ejercer progresivamente el derecho a la vida, por ejemplo) **sino que de una autonomización progresiva en el ejercicio de los derechos, de acuerdo a la etapa vital en la que se encuentra”** (Magistris, Gabriela Paula. Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades, Op. Cit. p.8).

Esta perspectiva, reconoce la titularidad plena de derechos en las personas menores de edad y su capacidad progresiva para ejercerlos, de acuerdo a la “evolución de sus facultades”, lo que implica que en la medida que aumentan su edad también incrementan el nivel de autonomía y el poder de autodeterminación del niño ante su propia existencia, disminuyendo de forma progresiva el poder que ejerce el mundo adulto para imponer decisiones heterónomas.

31º. El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos fundamentales, disponiendo en su texto 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 niños ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Dicha norma, expresamente señala que la “dirección y orientación” de los padres o de los adultos deben ser “apropiadas”, y en consonancia con la “evolución de las facultades del niño” y con los demás derechos recogidos en la Convención.

Por su lado, el artículo 12 establece: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Siguiendo a la profesora Maricruz Gómez de la Torre, “Este principio viene a afectar la facultad de representación y algunas facultades, deberes y responsabilidades de la filiación como la educación, la religión que tienen los padres con las personas a cuyo cargo se encuentren respecto de sus hijos o pupilos (...) [E]l **ejercicio progresivo implica, de acuerdo, a la evolución de sus facultades, que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los menores ejerzan sus derechos, sino que se evalúa el desarrollo del niño para**



ejercitarlos (...)” (Gómez de la Torre, Maricruz (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, (18), pp. 117-137, p. 119).

32º. Así, se ha señalado que la dirección y orientación que se encomienda a los padres implican: i) el abandono de prácticas de subordinación y reemplazo por funciones de orientación y dirección para que los adolescentes ejerzan los derechos de los cuales son titulares. (Konterlinik, Irene. *La Participación de los Adolescentes: ¿Exorcismo o Construcción de Ciudadanía?*, Actas del Seminario “La Participación de Niños y Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niños: visión y perspectiva”, Bogotá, diciembre de 1998.); ii) **La primacía del principio del interés superior del niño. La Convención se opone a todas aquellas situaciones en las que se otorgan a los padres derechos absolutos sobre los hijos. En su entender, los derechos y deberes de los padres se derivan de su responsabilidad por el bienestar del hijo lo que no significa otra cosa que actuar en su interés superior;** iii) La capacidad del adolescente para tomar decisiones como un elemento en constante desarrollo (“evolución de sus facultades”) (García Garnica, Ma del Carmen, *El Ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor No Emancipado*, Colección Monografías Aranzandi, Edit. Aranzandi, Navarra, 2004, pp. 77-81).

33º. La Convención sobre los Derechos del Niño “introduce, por primera vez en un tratado internacional en materia de derechos humanos, **el concepto de “evolución de las facultades” del niño**. El artículo 5 de la Convención estipula que la dirección y orientación impartidas por los padres u otras personas encargadas legalmente del niño deben tomar en consideración **la capacidad del mismo de ejercer sus derechos por cuenta propia**.

Este **principio, nuevo en el derecho internacional**, tiene notables implicaciones para los derechos humanos del niño. Establece que, a medida que los niños adquieren competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de dirección y orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan su vida. La Convención reconoce que los niños que viven en ambientes y culturas diferentes y que, por consiguiente, se enfrentan con vivencias diversas, adquirirán competencias a distintas edades, y su adquisición de competencias variará en función de las circunstancias. También constata el hecho de que las facultades del niño pueden diferir según la naturaleza de los derechos ejercidos. Por ende, los niños necesitan varios niveles de protección, participación y oportunidades, a fin de tomar decisiones autónomamente en los diferentes contextos que los rodean y en los distintos ámbitos de la toma de decisiones.” (Gerison Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, Centro de Investigaciones Innocenti, 2005).

El Comité de los Derechos del Niño sostiene que el concepto de “evolución de las facultades” se refiere a “procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos



derechos pueden realizarse mejor” (Observación General N° 7, párr. 17). Esos conocimientos, competencias y comprensión se adquieren mediante el proceso educativo tanto formal como informal (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 1).

34°. Con la introducción del concepto de evolución de las facultades, la Convención ha evitado establecer límites de edad o dar definiciones arbitrarias de madurez. A su vez, dicho concepto está relacionado con el derecho establecido en el artículo 12 de la Convención, que garantiza tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños y adolescentes en función de su edad y madurez. Debido a ello, el Comité de los Derechos del Niño ha cuestionado a los Estados Partes que han prestado escasa atención al respeto de las opiniones del niño o adolescente en la escuela, y en la vida social y familiar, resaltando en esta materia que cuando el niño o adolescente sólo puede ejercer sus derechos y libertades civiles con el consentimiento de los padres o sujeto a su disciplina, se plantean dudas en cuanto a la compatibilidad de esta práctica con la Convención y, en especial, con los artículo 5 y 12.

35°. El desarrollo de la autonomía progresiva se relaciona directamente con dos principios importantes, como son: el de interés superior del niño y el derecho de éste a ser oído. En efecto, estos principios sustentan la idea de concebir al niño como verdadero sujeto de derechos, ya que determina su **participación activa en la sociedad**.

Tal como se desprende de la Observación General N° 7 del Comité de los Derechos del Niño, si bien los padres tienen la responsabilidad de orientar y apoyar a sus hijos, esa responsabilidad debe adecuarse al progresivo desarrollo de los NNA, para dar espacio a su autonomía y al ejercicio de sus derechos por ellos mismos. “Estos ajustes tienen en cuenta los intereses y deseos del niño, así como la capacidad del niño para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, párr. 7°). La profesora Maricruz Gómez de la Torre califica esta relación como “inversamente proporcional: a menor autonomía del menor, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a cargo del menor” (Gómez de la Torre, Maricruz (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, (18), pp. 117-137, p. 120).

Así el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos ha sido catalogada por algunos autores, como Cotino Hueso, como el *desvanecimiento* de las facultades de los padres. En concreto, tal autor ha señalado que: “La edad del alumno no sólo condiciona sus propias libertades, sino también las del resto de los operadores educativos (padres, docentes y centros). Respecto de los primeros, cabe recordar que los padres tienen el derecho a elegir el tipo de educación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo a sus convicciones. Pues bien, este derecho debe desvanecerse conforme el hijo va adquiriendo la capacidad natural para ejercer la libertad ideológica y religiosa”. Asimismo, siguiendo esa línea, ha sostenido



que: *“Se han apreciado los fenómenos particulares de desvanecimiento y traslación de derechos y libertades. De un lado, el derecho subjetivo de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos se desvanece en la medida en la que éstos van adquiriendo la capacidad requerida para ejercer su libertad ideológica y religiosa. Del otro lado, se ha advertido que los padres y alumnos participan en la enseñanza en defensa del interés del alumno. Así pues, dado que los padres no participan en interés propio, su presencia se traslada al verdadero interesado, el alumno, conforme éste va adquiriendo capacidades para defender sus intereses”*. COTINO HUESO, Lorenzo (2000): *“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: Algunas propuestas de análisis”*, en *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)* (Coord. Lorenzo Cotino), pp. 99-154.

Por lo anterior, es dable afirmar que el requerimiento parlamentario desconoce esta relación de continuidad al afirmar que no es posible oponer la autonomía progresiva de los NNA al derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Ambos actúan en un continuo, de modo que a medida que los NNA se desarrollan y el proceso educativo les va entregando las herramientas para comprender sus derechos, el modo de ejercerlos y, en definitiva, ejercerlos, el espacio de autonomía de los NNA crece en desmedro de la autoridad de los padres.

36°. Las normas cuestionadas no son más que la explicitación de las consecuencias necesarias e ineludibles del proceso de autonomía progresiva. En este sentido cabe señalar que, sin que se le denomine expresamente así, la autonomía progresiva del niño ya está consagrada en diversas normas del sistema de fuentes del derecho chileno, por lo que ningún efecto útil podría tener una declaración de inconstitucionalidad de tales normas en este proceso.

Es evidente que en el cambio del paradigma conceptual y jurídico del niño como sujeto de derechos, desde la incapacidad del derecho civil codificado del siglo XIX al carácter de sujeto de titularidad y ejercicio de derechos humanos, el rol de los padres ha cambiado, y ello se puede enfocar a propósito de la autonomía progresiva: desde tutores y representantes de un incapaz de casi toda decisión (salvo los efectos jurídicos que se verán), que de un día a otro pasa a tener plena capacidad y a responder por sus actos, a un paradigma de garantes del ejercicio de sus derechos por sí mismo, de guías orientadores, de responsables de un proceso de desarrollo paulatino y gradual en interés del niño y no propio, lo cual ha sido recogido de cierta forma en las reformas al derecho de familia chileno. En tal sentido, entre otras normas relevantes de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia (arts. 16, 59 y 79), cabe traer a colación los artículos del Código Civil:

Artículo 222, inciso 2° *“(...) la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*.



Artículo 227 *“en las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes (...)”*.

Artículo 236 *“Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”*.

37°. En efecto, la autonomía progresiva es parte de los derechos específicos del niño, de fuente internacional convencional, es una obligación internacional del Estado Chileno y es a la vez una norma de principio, por lo cual los órganos del Estado deben optimizar su aplicación y eficacia, por tanto resulta una conclusión necesaria que sus restricciones y limitaciones se interpretarán de forma estricta y restrictiva, con o sin la parte impugnada del art. 11 que se cuestiona, y si se declara una inconstitucionalidad, las fuentes del derecho internacional la siguen consagrando y sigue siendo progresiva, y en consecuencia significa menor injerencia parental de manera gradual, con o sin las normas cuestionadas.

38°. Acoger el requerimiento respecto de lo impugnado en el artículo 11 es abrir la puerta a que se pueda dejar sin ejecución la autonomía progresiva, dejándola preterida a la condición de una proclama vacua y sin eficacia, pudiendo ser excusa para no darle ejecución cualquier tipo de circunstancias que se invoquen como limitaciones amplias y genéricas en nuestro sistema jurídico, lo que sería además invocar derecho interno para dejar sin ejecución la Convención de Derechos del Niño, lo que vulneraría el artículo 54 de la propia Constitución -en tanto sería de facto suspender la ejecución de tal tratado- y por otra parte sería una invocación de derecho interno para excusar su cumplimiento, en vulneración de los principios *“pacta sunt servanda”* y *“bona fide”*, contemplados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales, ratificada por Chile y vigente hace ya varias décadas.

39°. Cabe mencionar que con o sin las normas cuestionadas, todas las limitaciones a derechos fundamentales desde la Constitución y a derechos humanos desde tratados internacionales han de ser interpretadas restrictivamente, pues tales derechos son el máximo objeto de protección del sistema jurídico, además de ser mandatos de optimización en cuanto a su eficacia. Adicionalmente, su mayor eficacia posible es una obligación del Estado en materia de derecho internacional de los derechos humanos, motivo por el cual el Estado no puede arrogarse potestades limitativas amplias a sí mismo, debiendo ser los motivos de limitación específicos, determinados y restringidos. Sin embargo, si se eliminan las normas que determinan que las limitaciones a la autonomía progresiva son de interpretación restrictiva, el efecto útil de la sentencia será permitir limitaciones que vayan más allá de ese estándar, es decir, permitiendo dejar sin efecto la autonomía progresiva en nombre de cualquier tipo de circunstancias que serán invocadas como limitaciones genéricas, amplias e indeterminadas, por analogía, o sin necesidad de encuadrar en el marco del derecho internacional ni en el principio de reserva de ley, lo cual contradice la obligación eficacia de los derechos y hace irreconocible el contenido esencial de la



autonomía progresiva, al no ser reconocibles las circunstancias que lo limitan, por carecer de especificidad.

A su vez la autonomía progresiva no puede disociarse de espacios en que nuestro sistema jurídico reconoce madurez a un niño para cumplir obligaciones: un menor de edad puede ser soportar el ius puniendi estatal en la ley de responsabilidad penal adolescente, la ley laboral permite que sea parte de una relación laboral y la ley civil le permite administrar su peculio industrial. Se produce así una paradoja: hay madurez suficiente como para ser imputado y recibir sanciones penales, el sistema puede llegar a permitir que se le obligue cumplir jornada laboral y a permitir que sea demandado en juicios ejecutivos, pero se puede invocar una “inmadurez” para ejercer derechos por la vía de limitar de manera amplia y genérica la autonomía progresiva.

40°. El requerimiento parlamentario también reprocha que el proyecto de ley no establezca una edad determinada para el ejercicio de los derechos por parte de los NNA o una autorización previa de los padres que habilite el ejercicio de los derechos. Este argumento debe ser descartado. Al respecto, cabe tener presente lo ya dicho sobre la necesidad de distinguir entre la capacidad civil de ejercicio y la capacidad iusfundamental de ejercicio, así como lo referido respecto de la educación como un medio indispensable para la realización de los derechos humanos desde la primera infancia. A modo de ejemplo, puede señalarse la existencia de directivas conformadas por alumnos en los primeros cursos de enseñanza básica. A lo anterior, cabe agregar lo planteado por la profesora Maricruz Gómez de la Torre cuando asevera: “la autonomía progresiva de un menor debe ser evaluada caso a caso, cada niño es único, tomando en cuenta su grado de madurez tanto psíquica como social y culturalmente. Utilizando como parámetros para la evaluación: la familia, el lugar en que vive (no es lo mismo un niño que crece en la capital que un niño que crece en el campo lejos de todo desarrollo tecnológico), la educación, el medio en el que se desarrolla y la situación económica” (Gómez de la Torre, Maricruz (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, (18), pp. 117-137, p. 120).

41°. En conclusión, la invocación del derecho-deber de educar a los hijos que la Constitución contempla no puede significar pasar por encima de la “**autonomía progresiva**” en materia de derechos del niño, que es la consecuencia de acoger el requerimiento en este acápite, ello por cuanto las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño son plenamente aplicables en la especie, motivo por el cual el requerimiento debe ser rechazado.

CAPÍTULO II. Impugnación de las frases “o por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitiere” y “o por sí mismos, si su edad, grado de madurez y la autonomía con la que se desenvuelven así lo permitieren”, contenidas en los incisos 4° y 5°, respectivamente, del artículo 31 del proyecto de ley.



42°. El artículo 31 del proyecto de ley, referido a la “libertad de asociación y de reunión”, es objetado por el requerimiento en relación a lo que disponen las frases finales de sus incisos 4° y 5°, cuando establecen que los NNA tienen derecho a tomar parte, promover o convocar reuniones públicas y manifestaciones pacíficas en conformidad a la ley no sólo en compañía de sus padres y/o madres, otros adultos responsables, sino que por sí mismos, si su edad, grado de madurez y la autonomía con que se desenvuelven así lo permitieren.

El requerimiento denuncia al efecto una contravención al artículo 19 N° 10°, inciso tercero, de la Constitución, en relación con su artículo 19 N° 26°, dado que esas manifestaciones del derecho de reunión excluyen la debida autorización de los padres, como titulares del derecho a dirigir y orientar a sus hijos. Asimismo, sostiene que, si bien la Constitución ha habilitado al legislador para facultar a los menores para actuar personalmente, siempre ha rodeado esa habilitación de dos requisitos: determinada edad y autorización parental, para señalar que tales requisitos no concurren en el caso de los preceptos impugnados. Por último, argumenta que la Constitución no reconoce la autonomía progresiva como derecho oponible al derecho preferente de los padres a educar a sus hijos.

43°. Antes de abordar esta impugnación, estos disidentes consideran necesario analizar las características del derecho de reunión y sus vínculos con otros derechos fundamentales reconocidos a toda persona, y en particular a los menores, en la Constitución y en la Convención de los Derechos del Niño.

44°. Partamos afirmando que si, como ya se expresó, los NNA son libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1° inciso 1° de la Constitución) y por ello titulares de derechos fundamentales, y, como toda persona, por medio de su inteligencia y voluntad, se van formando su propia idea de la realidad, para luego expresar y dar a conocer a los demás cuál es su opinión respecto de los asuntos que le atañen o de cualquier otro a medida que van desarrollando sus facultades.

Tal libertad -que se va expandiendo a medida que adquieren mayor autonomía para llegar, progresivamente, a ser capaces de conducir su vida por sí mismos- se encuentra asegurada en la Constitución (art. 19 N° 12) y en la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto señala: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” (art. 12.1); que “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”(art. 13.1); y, en fin, que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (art. 14.1).



Así, pues, como el interés superior del niño supone orientarlo para que, según la evolución de sus facultades y de acuerdo en la etapa vital en que se encuentre, ejerza sus derechos, dentro de éstos se encuentra el de *“ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en virtud de la evolución de sus facultades, frente al deber de los padres o demás responsables en su caso, de impartir orientación y apoyo para que el menor ejerza sus derechos, de acuerdo a su edad y grado de madurez”* (Maricruz Gómez de la Torre Vargas. Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. Revista de Derecho (UCUDAL). 2da época. Año 14. N° 18 (dic. 2018).

En dicho sentido, la Corte Suprema ha señalado que *“el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, refrendado por el mencionado artículo 16, inciso segundo, de la Ley N° 19.968, impone a la judicatura la obligación de oír a los niños, niñas y adolescentes durante el desarrollo de los procedimientos que afecten su vida e intereses, de manera de hacer efectivo su derecho a manifestar sus deseos y sentires de manera libre, y a que sean tomados en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que les incumbe; garantía que se relaciona directamente con el principio de la autonomía progresiva, conforme al cual deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, lo que importa que al estar en las condiciones que indica la disposición debe necesariamente escuchárseles, estableciendo una comunicación con ellos. De manera que, si bien tales opiniones no son vinculantes al momento de adoptar la decisión, lo cierto es que sí constituyen uno de los criterios que, de acuerdo a la legislación, deben ser valorados, como ocurrió en el caso, en que no sólo se cumplió con la obligación en comento, sino que las consideró al momento de fijar la relación directa y regular con la madre”* (SCS 22883-2019). La misma Corte Suprema, en sentencia de 08 de abril de 2017, Rol N°1732-2017, razonó además que *“Se sostiene que el derecho a opinar es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador que regulan expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, entendiéndose como un derecho de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior del niño y de la autonomía progresiva”*, reconociendo entonces a dicha autonomía como un pilar del sistema de derecho de familia chileno.

45°. Como consecuencia entonces de las libertades de pensamiento, opinión y expresión reconocidas a los menores de edad y de que, como cualquier persona, los NNA tienen un carácter eminentemente social que los inclina a relacionarse no sólo con los integrantes de su familia sino con otras personas, tanto para recibir de ellos conocimientos y opiniones como para hacerlos partícipes de sus propias ideas y aspiraciones, son titulares de los derechos fundamentales de reunión y de asociación, asegurados tanto en los Nos. 13 y 15 del art. 19 de la Constitución, como en la Convención de los Derechos del Niño (art. 15 y 17).

Tales derechos, si bien poseen algunos elementos en común, se diferencian en aquellos aspectos que sostiene don Alejandro Silva Bascuñán: *“si la reunión es la congregación accidental y pasajera de dos o más personas, que no importa por sí la formación*



de un vínculo jurídico entre quienes se juntan, el derecho de asociación manifiesta, entre tanto una voluntad expresa de coligarse varios en forma permanente con un fin común lícito” (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XIII, Ed. Jurídica de Chile, 2010, p. 51).

46°. Existen entonces relaciones entre el derecho de reunión y la libertad de opinión, ya que en las reuniones que se celebren las personas buscan manifestar sentimientos u opiniones; también las hay entre el mencionado derecho de reunión y el de asociación, en la medida que el derecho de congregarse accidentalmente puede ejercitarse tanto entre quienes conforman un grupo organizado tras un objetivo común permanente como entre quienes no lo tengan pero que, como consecuencia de la reunión, tomen la decisión de crear una asociación o de participar en alguna ya existente para lograr un fin; y, por último, cabe agregar los vínculos existentes entre el derecho de reunión y la libertad de locomoción o movilización, por cuanto, comúnmente, para asistir a una reunión pública o privada la persona debe desplazarse hacia el lugar en que ella se realizará, salvo en aquellos casos en que ella se efectúe por medios telemáticos.

47°. Ahora bien, aun cuando las normas cuestionadas del proyecto recaen en el ejercicio del derecho de reunión de los menores, no puede obviarse que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 15, trata conjuntamente los derechos de reunión y asociación, por lo que no es casual entonces que el proyecto de ley los contenga también en un mismo artículo.

Los seres humanos somos gregarios, vivimos en sociedad, y lo hacemos para satisfacer nuestras necesidades elementales. Es por ello que los derechos de reunión, libertad expresión y libertad de asociación se suelen ejercer en forma conjunta: se reúne la persona con otras para comunicar un hecho, discutir un asunto, formular crítica o adhesión a alguna idea, para dar a conocer algún determinado hecho o actuación, para expresar algún sentimiento u opinión. Para todo ello se requiere un cierto grado de organización y coordinación previa a través de alguna forma asociativa y, cuando la reunión es manifestación de un interés común, muchas veces con posterioridad a ella quienes se congregan manifiestan su intención de perseguir un fin que los une, lo cual conduce a la determinación de alguna precisa forma de organización, lo cual conlleva el ejercicio de la libertad de asociación, sin necesidad de personalidad jurídica. Por lo tanto, no siendo posible disociar el derecho de reunión de los de expresión y asociación, la eliminación de la norma que pide el requerimiento indirectamente afecta a ambos, aunque el requerimiento no lo explicita ni se dirige en contra de las demás reglas del proyecto que se refieren a esos derechos.

48°. Por lo anteriormente expuesto, resulta sorprendente y contradictorio que el resultado inconstitucional que deducen los requirentes de la parte del artículo 31 impugnado no abarque lo referido al derecho de asociación, o sea, a la capacidad que tienen los menores de crear asociaciones y de participar en ellas, lo cual conlleva una serie de obligaciones correlativas de carácter mucho más exigente que las que emanan del ejercicio del derecho de reunión, por cuanto suponen ajustarse a un estatuto y a



las leyes que regulen la asociación. En efecto, el requerimiento únicamente cuestiona una forma de congregarse con otros en forma transitoria, como es la que se produce en ejercicio del derecho de reunión.

Los argumentos para cuestionar el ejercicio del derecho de reunión en manifestaciones públicas sin la compañía de los padres, por vulnerar el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos resulta, por lo tanto, incongruente al no extenderse a la objeción de los tres primeros incisos del art. 31, referidos al derecho a asociarse libremente, sin otras restricciones que las previstas en la Constitución Política de la República y en las leyes. Incluso, en la lógica del requerimiento, podría haberse impugnado también el art. 29 del mismo proyecto de ley, cuyo inciso 1° trata de la “Libertad de expresión y comunicación. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar y difundir libremente sus opiniones, sin censura previa, a través de cualquier medio, con las restricciones establecidas en la Constitución y las leyes”.

49°. Los requirentes, por otra parte, cuestionan el efecto jurídico que produce el reconocimiento de la autonomía progresiva que van adquiriendo los niños, niñas y adolescentes, conforme a la etapa vital en que se encuentren, en relación al ejercicio del derecho de reunión que les reconoce el precepto.

Pues bien, si los preceptos de la Constitución obligan no sólo a toda persona, institución o grupo (art. 6 inciso 2°), el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos no es un motivo habilitante para no cumplir las normas sobre titularidad y ejercicio del derecho fundamental de reunión que asegura la Constitución a toda persona (19 N° 13) y la Convención en su artículo 15. Cabe recordar al respecto que el mismo art. 2 proyecto de ley se preocupa de afirmar que no sólo es deber de los órganos del Estado y de la sociedad sino también de la familia “respetar, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (inc. 1°) y que “el derecho y deber de crianza, cuidado, formación, asistencia, protección, desarrollo, orientación y educación de los niños, niñas y adolescentes corresponde preferentemente a sus padres y/o madres, quienes ejercerán este derecho y deber impartiendo dirección y orientación apropiadas para el ejercicio de sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades” (inc. 3°).

El requerimiento desconoce, por lo tanto, una manifestación del derecho de reunión de que es titular el menor y de que puede gozar por sí mismo en consonancia con su edad, grado de madurez y evolución de sus facultades.

50°. Lo que se solicita a este Tribunal es imponer una especie de poder de veto parental para impedir el ejercicio del mencionado derecho, sobre la premisa de que los menores de edad no lo podrían ejercer por sí solos en las manifestaciones públicas, porque únicamente se les faculta a acudir, promover y convocar tales reuniones en compañía de sus padres. Con ello imponen un sistema de voluntad que se sustituye a la de sus hijos lo cual resulta contrario al principio de autonomía progresiva que reconoce a los NNA como sujetos de derechos fundamentales.



Además, al expresarse que las frases impugnadas vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos, el requerimiento incluso extiende su cuestionamiento a aquellos casos en que éstos hubieran autorizado a sus hijos a participar en las manifestaciones públicas que se realicen de conformidad a la ley.

Con ello se desconoce en forma tajante la capacidad iusfundamental que tienen los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus facultades en forma creciente según su edad y grado de madurez y el deber de los padres de orientarlos en esta materia. No acompañarlos a las reuniones no implica una falta de apoyo y guía de sus padres, la cual resulta indispensable para prepararlos como ciudadanos responsables para poder participar adecuadamente en reuniones públicas, como establece el artículo 29 de la Convención de los Niños, en cuanto dispone que los Estados Partes consideran que la educación del niño debe estar encaminada, entre otros fines, a “d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre.”

51°. No puede, en efecto, considerarse que constituya un motivo habilitante para limitar el derecho de reunión del NNA la invocación del derecho preferente del padre en materia de educación de su hijo, por cuanto éste constituye un derecho-deber que ha de interpretarse en armonía con el derecho del menor.

Respecto al derecho preferente para educarlo, como ya se dijo, la Constitución le reconoce al padre la facultad de invocarlo frente al Estado y a toda institución, persona o grupo. La “preferencia de los padres para educar a sus hijos”: dice relación con que ellos “poseen en primer lugar, de un modo preferente e insustituible, el deber y el derecho de educar a sus hijos como consecuencia de que corresponde la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, la crianza de los hijos y, por lo tanto, la transmisión de los hábitos y valores que les servirán para su desarrollo integral como personas”. (Alejandro Silva Bascuñán (2008), Tratado de Derecho Constitucional, tomo XII, p. 181). Por lo tanto, esa primacía o ventaja cesa en el caso de padres de hijos cuyo cuidado haya sido confiado a otra persona, de aquellos que los abandonaron o de aquellos que, por ser absolutamente inhábiles han de ser separados de sus hijos por decisión judicial, como disponen los arts. 237, 238 y 239 del Código Civil).

Sin embargo, el padre no lo cumple con su obligación de educar a su hijo si anula la capacidad de goce de sus derechos o la capacidad de obrar iusfundamental de éste porque el titular del derecho social a la educación es el hijo y no el padre. Ese deber obliga al padre a “la crianza y desarrollo del niño” (artículo 18 de la Convención) y a “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” (art. 5 de la Convención), velando así por su interés superior. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha sostenido que “la expresión “interés” no puede quedar reducida a una ventaja o utilidad, pues comprende también los derechos, garantías o cualquier aspecto o variable que beneficie al menor. Y la superioridad está dada, por una parte, por la prevalencia de todo lo que sea conveniente o beneficioso para el menor; y, por otra, por buscar siempre la mejora progresiva en su situación” (STC 2867 c. 14°).



Al efecto cabe tener presente que la misma Convención de los Derechos del Niño -que reconoce, entre otros, el derecho de reunión en su artículo 15- dispone que *“No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”* (art. 2). Como la capacidad iusfundamental deriva de la dignidad humana, entonces sólo se puede regular su ejercicio en la forma que señala el recién citado precepto para el logro de los fines que éste indica y no por los motivos que el requerimiento invoca.

52º. De este modo las reglas impugnadas, que permiten ejercer el derecho de reunión a los NNA en clave de autonomía progresiva, más que una opción de política legislativa, imponen un deber al Estado que debe respetar y promover, por cuanto tal derecho, como ya se ha dicho, se encuentra no sólo garantizado en la Constitución sino en un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente, como es la Convención de los Derechos del Niño (el art. 5 inciso 2º).

53º. La eliminación -vía declaración de inconstitucionalidad- de las reglas cuestionadas, por lo tanto, hace desaparecer completamente el espacio de autonomía progresiva en el área de ejercicio del derecho de reunión y por ende de los otros derechos consecuencialmente conexos del menor, ya que la única hipótesis de su ejercicio que subsiste es la de ser acompañado por sus padres a las reuniones públicas a que se refieren tales normas. Ello importa más bien un reconocimiento al derecho de los padres para asistir, promover y convocar junto a sus hijos tales reuniones más que al de la titularidad del derecho del menor, el cual les es desconocido. Es decir, se establece un sistema de voluntad sustituida contraria al interés superior del niño, que violenta la autonomización progresiva en el ejercicio de sus derechos según la evolución de sus facultades.

Se vuelve al niño entonces al paradigma no sólo de la incapacidad civil -para lo cual debe preguntar y recabar permiso, el cual, por lo demás, le puede ser negado sin expresión de causa-, sino incluso para algo tan básico como poder asistir y participar él mismo, sin compañía de su padre o madre, a alguna reunión pública.

Resulta que la norma ni siquiera establece la hipótesis de la autorización expresa o tácita de los padres, porque al eliminarse el ejercicio del derecho *“por sí solos”* o *“por sí mismo”*, no cabe considerar ni menos ponderar su edad ni grado de madurez para espacios de ejercicio autónomo sin la presencia parental.

Lo anterior conduce a que, al eliminarse las frases del art. 31 que el requerimiento cuestiona, se vulnera en forma categórica el derecho de reunión de los NNA, ya que con ello se les imponen trabas que impiden su libre ejercicio, con lo cual se infringe lo dispuesto en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política.

54º Por otra parte, diversos preceptos del proyecto dan valor y vigencia al derecho preferente de los padres a educar y a guiar a sus hijos (arts. 2, 9, 10, 25, 35,



etc.) y las reglas cuestionadas no merman sus facultades. Como se dijo durante la historia de la ley, es diferente que los hijos obedezcan o no a sus padres, lo cual es contingente y puede o no ocurrir (Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado, p. 278, en opinión del juez de familia Pedro Maldonado).

La autonomía progresiva de los NNA no puede entenderse como un elemento que conduzca a los hijos a un conflicto con sus padres, porque son estos últimos quienes deben entregarles las herramientas para que paulatinamente la vayan adquiriendo. Por el contrario, lo que sí puede ser fuente de disputas es ignorar las decisiones que tomen los hijos, en la medida que tengan un grado de madurez y autonomía para adoptarlas. Ello con mayor razón cuando se trata de participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas convocadas conforme a la ley y que “sean de carácter festivo, deportivo, cultural, artístico, social, religioso, o de cualquier otra índole”, como señala el inciso 4° del art. 31. Resulta vulneratorio de su derecho si se les fuerza a participar en ellas únicamente en compañía de sus padres. No se entiende, por ejemplo, que un menor no pueda asistir por sí solo a una ceremonia religiosa o a un partido de fútbol si ello se ajusta a su interés superior, lo cual en ningún caso resulta antagónico con la autonomía progresiva que vaya adquiriendo y con el derecho de los padres de ser los primeros educadores de sus hijos.

55° Por último, el requerimiento debió ser rechazado en cuanto se opone a las frases del art. 31 que se refieren a la autonomía progresiva de los NNA porque este último concepto no puede dissociarse de espacios en que nuestro sistema jurídico sí les reconoce madurez para cumplir con determinadas obligaciones.

Al respecto cabe tener presente que los mismos preceptos que contienen las frases impugnadas establecen que el derecho de reunión que se reconoce a los NNA les permiten tomar parte, promover y convocar reuniones públicas en “conformidad a la ley”. Ello significa que no sólo la organización y desarrollo de la manifestación pública debe cumplir con los requisitos legales o administrativos pertinentes, a objeto de garantizar que la reunión no afecte el ejercicio de otros derechos fundamentales ya sea de los propios intervinientes en ella o de terceros (por ejemplo, los de desplazamiento, integridad física o síquica, derecho a la salud, derecho a desarrollar actividades económicas, etc.), sino también se busca que quienes participen en ella lo hagan en forma pacífica y sin armas.

Pues bien, en este último sentido, nuevamente resulta una paradoja que a los menores de edad se le considere absolutamente inhábiles para ejercer por sí solos el derecho fundamental de reunirse en manifestaciones públicas, en circunstancias que ello contrasta con la posibilidad que tienen de ser considerados plenamente conscientes para efectos de su culpabilidad delictual y de las sanciones penales a que se exponen por la comisión de un delito con motivo de la reunión. Así, de acuerdo a lo que se recordó en la historia fidedigna de la ley, un adolescente mayor de 14 años puede ser soportar el ius puniendi estatal según lo que dispone la Ley de



Responsabilidad Penal adolescente y, si es menor de esa edad, se le someterá a un procedimiento infraccional cuyo conocimiento está radicado en la judicatura de familia.

Por otra parte, en lo relativo a la responsabilidad que cabe a los menores por cometer destrozos en un evento público, se aplica el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, o sea, se trasladará la responsabilidad a los padres, aun cuando ellos pudieren no haber dado autorización a sus hijos para asistir a la reunión (Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado, pp. 276 y 277).

CAPÍTULO III: Acerca de las cuestiones sobre educación “laica” y “no sexista”.

56º En cuanto a la cuestión de constitucionalidad sobre el carácter laico y no sexista de la educación sexual, para conceptualizar el derecho a la educación en Chile resulta imprescindible señalar que su consagración tiene como primer hito la Carta de 1925. En su artículo 10, N° 7º reconoció de manera parcialmente explícita a la educación como derecho, junto a la libertad de enseñanza, señalando que aseguraba a todos los habitantes de la República:

“7.o La libertad de enseñanza.

La educación pública es una atención preferente del Estado.

La educación primaria es obligatoria.

Habrá una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del Gobierno;”

Agregó en el artículo 150 el deber de los municipios de promover la educación y de cuidar de las escuelas primarias y demás servicios de educación que se paguen con fondos municipales

La normativa del artículo 7º fue modificada por la Ley de reforma constitucional N° 17.398, publicada en el Diario Oficial de 9 de enero de 1971, que mediante el denominado “estatuto de garantías constitucionales” introdujo profundos avances en el catálogo de derechos, buscando en este caso resguardar la educación privada, el pluralismo, la libertad de pensamiento, la autonomía universitaria y el mérito, siendo sustituida la antigua norma por la siguiente:

“7.o La libertad de enseñanza.

La educación básica es obligatoria.

La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales.



La organización administrativa y la designación del personal de las instituciones privadas de enseñanza serán determinadas por los particulares que las establezcan, con sujeción a las normas legales.

Sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento de acuerdo a las normas que establezca la ley.

La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática, y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista.

Habrá una Superintendencia de Educación Pública, bajo la autoridad del Gobierno, cuyo Consejo estará integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educación. La representación de estos sectores deberá ser generada democráticamente.

La Superintendencia de Educación tendrá a su cargo la inspección de la enseñanza nacional.

Los organismos técnicos competentes harán la selección de los textos de estudio sobre la base de concursos públicos a los cuales tendrán acceso todos los educadores idóneos, cualquiera que sea su ideología. Habrá facilidades equitativas para editar y difundir esos textos escolares, y los establecimientos educacionales tendrán libertad para elegir los que prefieran.

Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica.

Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.

El acceso a las Universidades dependerá exclusivamente de la idoneidad de los postulantes, quienes deberán ser egresados de la enseñanza media o tener estudios equivalentes, que les permitan cumplir las exigencias objetivas de tipo académico.

El ingreso y promoción de profesores e investigadores a la carrera académica se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes. El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes.

Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran;”.

Puede observarse en la norma de 1970 un conjunto de avances y garantías explícitas, que hoy sin duda formarán parte del debate en la nueva Constitución:

- la libertad de cátedra,
- el pluralismo,
- la autonomía universitaria,



- la orientación democrática en los contenidos,
- la actividad universitaria como parte integrante del contenido del derecho a la educación y
- la distinción entre establecimientos con y sin fines de lucro para determinar el aporte estatal.

La norma del estatuto de garantías tuvo corta vida, abrogada la Constitución de 1925, la carta de 1980 partió de un paradigma distinto.

57º. La carta de 1980, fuertemente marcada por el conflicto que significó para el sistema político el proyecto de Escuela Nacional Unificada, buscó diferenciar claramente la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, a efectos de dejar a salvo la primera.

58º. Por otra parte, desarrolló el derecho a la educación en el marco ideológico inspirativo de su texto original, en el que se buscaba minimizar los derechos de contenido económico social y cultural, además de no dotarlos de mecanismos de justiciabilidad, en el entendido de que nada que fuera una carga patrimonial para el Estado debía ser justiciable, además de buscar el fortalecimiento de la educación privada.

59º. En su texto original, la carta de 1980, sin definir la educación, dispuso en su art. 19 que aseguraba a todas las personas:

“10.- El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.”

Posteriormente se arribará a su texto actual tras las reformas constitucionales de las leyes N°s 19.876 y 20.710, referidas a obligatoriedad de la educación media y a la educación pre escolar.

Este derecho no puede ser comprendido en la carta de 1980, sin referencia a la libertad de enseñanza, que denota asignarle al Estado un rol más bien certificador y regulador, garante de una oferta múltiple en un sistema de libre elección de establecimientos públicos y privados con predominio del subsidio estatal, todo lo cual recibió un copioso desarrollo legislativo, para establecer un sistema de provisión



educacional preminentemente privada, en un marco de reforzamiento de la libertad de enseñanza que incluye para el particular libertad de organización, ideario y contenidos mientras cumpla con los requisitos de reconocimiento oficial el mínimo de programas y contenidos exigido por ley.

60°. Por otra parte, en lo relativo al derecho a la educación la carta de 1980 borró de un plumazo la referencia constitucional explícita a un conjunto de avanzados y necesarios elementos que aparecen en el estatuto de garantías de 1970: la libertad de cátedra, el pluralismo, la autonomía universitaria, la orientación democrática en los contenidos, las referencias a la actividad universitaria como parte del derecho a la educación y la distinción entre establecimientos con y sin fines de lucro para determinar régimen de aporte estatal. Adicionalmente, sin definir lo que es educación en la Carta Fundamental, se establece el pleno desarrollo de la persona como objetivo de la misma, asignando primariamente a los padres -no al Estado como contraparte de un derecho subjetivo, ni tampoco a la comunidad- el rol de educar a los hijos, combinado ello con un conjunto de deberes estatales: 1) Proteger el ejercicio del derecho por parte de los padres, lo que debe ser entendido conjuntamente con el derecho de ellos a elegir el establecimiento educacional, contenido en la norma sobre libertad de enseñanza. 2) Financiar un sistema gratuito para garantizar acceso universal a la educación básica que se proclama como obligatoria. 3) Fomentar el desarrollo de la educación, investigación y creación en todos los niveles.

61°. Que en tal configuración constitucional llama la atención la falta de definición de la educación, la falta de referencias a la educación pública, la falta de bases y fundamentos explícitos de la educación superior y de otros derechos ligados, como la autonomía universitaria, la libertad de cátedra, etc.

62°. En este sentido, por más que se minimice el rol del Estado, sigue siendo el garante del acceso y el obligado a prestar o a asegurar la prestación educacional, promoviendo un estándar de contenido del derecho en cuestión, el que sin duda se deberá erigir sobre la base de la dignidad e igualdad, asegurando, en consecuencia, la interdicción de la discriminación en todas sus dimensiones, a fin de propender al mayor desarrollo intelectual y espiritual de los educandos, evitando sesgos y estereotipos en el proceso educativo, sin perjuicio del derecho y deber preferente que corresponde a los padres de educar a sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes. A su vez, en cuanto deber constitucional, se traduce en obligaciones de hacer, las que existen tanto en la enseñanza formal en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe, todo lo cual en nada impedirá que el Estado precise reglas mínimas para todos los actores que intervengan en el proceso educativo, las que redundarán en la profundización del contenido del derecho de educación, privilegiando el interés superior de NNA, el cual deberá ser comprendido como sujeto de especial protección



dentro del ordenamiento jurídico. Hecho que, de ningún modo entorpecerá la libertad de los padres o tutores de escoger el establecimiento educacional para sus hijos, conforme al ideario y modelo educativo que sea de preferencia de éstos.

63°. Cabe señalar que en función de la reserva de ley y de su escasa conceptualización en la carta fundamental, el derecho a la educación en Chile puede caracterizarse como uno de intensa configuración legislativa, con un amplio margen de autonomía para el legislador, sin perjuicio de lo relacionado con la libertad de enseñanza. Así, quizás la legislación más importante hoy sea la ley de subvenciones escolares y la LGE (N° 20.370, con sus modificaciones posteriores y texto refundido), ambas recientemente reformadas por la denominada Ley de inclusión, N° 20.845, "DE INCLUSIÓN ESCOLAR QUE REGULA LA ADMISIÓN DE LOS Y LAS ESTUDIANTES, ELIMINA EL FINANCIAMIENTO COMPARTIDO Y PROHÍBE EL LUCRO EN ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES QUE RECIBEN APORTES DEL ESTADO" que significó un giro de gran relevancia en el sistema, al establecer un conjunto de limitaciones a los particulares en la transferencia y el uso de recursos públicos para prestaciones educacionales por privados.

64°. En este orden, por más que se quiera configurar como sujeto del derecho a la educación a "los padres" según la Constitución, al establecerla como derecho fundamental y como deber al mismo tiempo, se confunde al titular del derecho, que en realidad es el educando, en tanto receptor de la prestación y en cuanto destinatario del proceso educativo, quedando claro así que no son los padres; se confunde además al sujeto pasivo del derecho fundamental, pues al ser obligación de los padres aparecen ellos como los obligados correlativos del derecho subjetivo.

65°. Tales confusiones terminan ignorando la estructura y funcionalidad derivada de entender a la educación como un derecho fundamental, es decir como un derecho subjetivo de la persona frente al poder estatal, que habilita además a exigir una prestación educacional en beneficio del educando, derecho que además es un límite al poder estatal. Como ya se señalara, no puede preterirse que en clave iusfundamental entonces es el educando el titular del derecho a la educación y que el obligado a la prestación del derecho fundamental es conceptualmente el Estado -a lo menos en primer término-, debiendo agregarse el deber de respeto y promoción estatal en materia educativa, pudiendo adicionalmente el Estado ser garante de la prestación de servicios educacionales privados.

66°. No se puede negar la naturaleza eminentemente prestacional del derecho fundamental a la educación, más allá de que buscara ser negada mediante la enunciación del rol de los padres en la carta del 80. Siendo el titular del derecho a la educación el educando, el niño, es innegable el esencial rol que tienen los padres, en elección del establecimiento, del tipo y modelo educativo y su insustituible rol en el proceso educativo, pero no son los titulares del derecho a la educación, en tanto no son los receptores de ella, no siendo los padres los educandos. A su vez, la Convención sobre los derechos del niño lo reconoce como titular del derecho a la educación, al



señalar en su artículo 24 que *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación”*.

De igual manera el rol de los padres no puede ser disociado de lo dispuesto por ya aludido el artículo 18 de la Convención sobre los derechos del niño, en tanto *“Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”* y en tanto, *“su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*, lo cual obliga a tener presente nuevamente el desarrollo del niño, reconduciendo a la autonomía progresiva. De este modo, los padres en el ejercicio de su derecho, están totalizados por su deber de defender, reivindicar y garantizar el interés superior de sus hijos.

67°. Siendo el niño el titular del derecho a la educación, y siendo obligatoria hasta a lo menos el nivel medio, no puede preterirse que el menor es titular de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la libertad de conciencia del numeral 6° del artículo 19 de la Constitución. En efecto, el artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño también le reconoce en específico titularidad sobre este derecho al señalar:

“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.”

68°. Puede observarse titularidad y ejercicio específico del niño a partir de la norma transcrita sobre libertad de conciencia, también con parámetro de autonomía progresiva en su ejercicio, con respeto a los deberes y derechos de los padres, pero estableciendo claramente que su rol es de guía en un marco de autonomía progresiva.

69°. Lo precedentemente razonado es esencial para comprender el significado del concepto “laico” en el sistema educacional chileno, el cual, como se verá, ya se encuentra incorporado en una norma general que abarca a todo el sistema educativo chileno, cual es el artículo 5° de la Ley General de Educación. Antes de ello es necesario formular algunas cuestiones previas en torno a la necesidad de educación sexual, pues si bien la mayoría de edad en Chile se adquiere a los 18 años, la libertad sexual se adquiere a los 14 años, pues a efectos de los artículos 361 y siguientes del Código Penal esa es la edad habilitante para que el consentimiento de ellos partícipes permita relaciones sexuales amparadas por el derecho y no penalizadas bajo forma de violación. A la vez, la capacidad reproductiva de los seres humanos, comienza a manifestarse aproximadamente desde los 12 años, aunque no sea exactamente en el



mismo tiempo para hombres y mujeres, siendo con creces anterior a la mayoría de edad.

70°. Desde esa perspectiva, la cuestión del embarazo adolescente y sus consecuencias, la consecuente interrupción del proceso educativo, el precario entorno que se genera, la necesidad de una paternidad responsable y el derecho a una maternidad planificada, son cuestiones ineludibles en nuestros tiempos, y por lo mismo la educación sexual se asume como una necesidad desde hace décadas. Cabe mencionar que, aunque tardíamente legislada, la educación sexual ya es parte obligatoria del sistema educacional chileno, disponiendo el art. 1 de ley 20.418, dictada en el año 2010, que *“los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir dentro del ciclo de Enseñanza Media un programa de educación sexual, el cual, según sus principios y valores, incluya contenidos que propendan a una sexualidad responsable e informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados, de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados”*, norma que fue declarada constitucional por este tribunal en su sentencia Rol N° 1588.

71°. Cabe mencionar que por la norma antes transcrita, la educación sexual es obligatoria, pero su enseñanza queda moldeada por el proyecto educativo particular de cada establecimiento, debiendo ubicarse en la enseñanza media y con contenidos orientados a una sexualidad responsable y que se informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados, a lo cual cabe agregar que cualquier interpretación que busque permitir desde esa norma una educación sexista o supremacista desde un determinado credo potencialmente sería vulneratoria de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política.

72°. Tal paradigma de la Ley N° 20.418 recibirá un cambio muy significativo en el año 2015, pues en ese año el fomento y desarrollo de una cultura cívica, laica y de no discriminación en todo el sistema educativo pasa a ser uno de los roles del Estado en el mismo, cuestión de la cual deriva que ello irradia a todos los proyectos educativos al ser un vector y un objetivo del sistema. Ello ya es relevante, pues sin la norma que se cuestiona, desde el año 2015 la educación sexual, además del enfoque particular que tenga el proyecto educativo, debe propender a una cultura laica, como la enseñanza de todas las asignaturas, ello en virtud de lo que hoy es el artículo 5 del texto refundido de la LGE, introducido por la ley de inclusión escolar, N° 20.845, en 2015 (declarado ajustado a la Constitución por este Tribunal en sentencia 2781), norma que dispone que

“Art. 5°. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar la probidad, el desarrollo de una educación inclusiva en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria; fomentar el desarrollo de una cultura cívica y laica, esto es, respetuosa de toda expresión religiosa; y que promueva la participación activa, ética y



solidaria de las personas en la sociedad, con fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; estimular la investigación científica, tecnológica y la innovación, la creación artística, la práctica del deporte, la protección y conservación del patrimonio cultural y medio ambiental, y la diversidad cultural de la Nación.”.

Evidentemente esta norma modifica el sentido y contornos de la educación sexual, pues desde 2015 ya no se puede eludir su carácter no sexista ni su carácter laico: pues debe ser no discriminatoria y además respetuosa de todas las confesiones, lo cual además es explicitación a nivel de ley de las consecuencias de 19 no. 2 de la Constitución y de las normas de derecho internacional. Cabe concluir entonces, que la perspectivas laica y no sexista entonces ya están en el sistema educacional chileno, en una norma declarada como propia Ley Orgánica Constitucional hace 6 años y que no se modifica ahora, ergo la norma cuestionada no es propia de Ley Orgánica Constitucional, no existiendo entonces inconstitucionalidad de forma, pues no se modifica nada al respecto, y la presente sentencia tampoco afecta al artículo 5° de la Ley General de Educación.

73°. Cientos de páginas podrían escribirse acerca del significado de las voces “laico”, “laicista” y “laicismo”, en referencia además a su significado constitucional dentro de la teoría del Estado. Es claro que son conceptos polisémicos o multívocos, que admiten varios significados. Como primera aproximación, cabe mencionar que el Estado chileno, desde la Constitución, no tiene religión oficial y además admite la plena libertad religiosa y de culto (art. 19, numeral 6°), configurándose entonces como un Estado no confesional, que no niega al fenómeno religioso, sino que lo reconoce en clave de derechos, además de reconocer además la igualdad jurídica de las iglesias y religiones (a partir de las normas de igualdad y no discriminación del artículo 19, numeral 2° de la Constitución, y de la definición de discriminación arbitraria de la Ley N° 20.609, que establece medidas en contra de la discriminación además de las normas de la Ley N° 19.638, establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas).

74°. Debe decirse entonces que no se está en presencia en las normas cuestionadas de un Estado “laicista” en el sentido que algunos entienden como “anticlerical” o “negacionista de la religión”, ni mucho menos en presencia de un Estado promotor de un ateísmo científico de estilo soviético. Para dar sentido y comprensión a esta materia, tratando de ser breve, vale la pena decir que:

“La palabra laicidad reconoce origen en el término griego laos, derivado posteriormente en la palabra “laico” y cuyo significado histórico es “no clérigo”, aplicable por extensión al conjunto del pueblo sin distinciones de rango ni de cargos. A finales de la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del siglo XX, la carga valorativa del concepto se inclinó fuertemente hacia una visión crítica de la religión, especialmente en su dimensión institucional. Sin embargo, y superando las limitaciones de aquel debate histórico en Iberoamérica, contemporáneamente el término alude a una concepción sociopolítica que admite la



participación de los agentes religiosos en la vida pública y que impone restricciones en materia de participación en el espacio público, de carácter específico, en un ambiente de diálogo y colaboración, siendo su propósito -y efecto- la promoción de la convivencia de las religiones sin preferencia estatal por alguna de ellas, regulando los aspectos necesarios para que sean vividas en libertad.

Por laicismo se ha entendido tradicionalmente la corriente de pensamiento que promovió las ideas laicistas, concebidas históricamente como aquellas que promovían la separación de las esferas de competencia del Estado y de la religión. En la actualidad, sus acepciones discurren desde una visión moderada, que lo ha entendido como una concepción del Estado caracterizado por la indiferencia o la neutralidad frente a lo religioso y cuyo centro de gravedad es la no contaminación de los ámbitos sociales por la religión, hasta una visión extrema que lo concibe como aquella doctrina ligada en su origen al liberalismo en su expresión más confrontacional con la religión organizada, especialmente presente a fines del siglo XIX y principios del XX, pero con claros resurgimientos contemporáneos, aunque ya no en contra de las instituciones religiosas, sino derechamente con una opción habitualmente militante contra toda presencia de la religión y de lo religioso en el ámbito público. A lo dicho, se puede agregar la distinción entre el término “laico”, empleado para denominar el origen o posición desde la cual un autor emite una opinión sobre la presencia de lo religioso en el ámbito público, y el calificativo de “laicista”, utilizado para calificar las hipótesis y supuestos que dan forma a su disciplina.

En la perspectiva que calificamos como extrema, sus promotores y defensores tienden a ser denominados como “laicistas”, y sus expresiones actuales incluyen principalmente aquellas corrientes que junto con propugnar la exclusión de los agentes religiosos del escenario público, promueven restricciones generales en materia política que les afectan directamente. En términos más tajantes, se trata de movimientos sociales y políticos que tienen como objetivo final, “excluir la religión de la vida cultural en lo que tiene de público y común, para confinarla a los reductos de la vida individual”. Las posturas conocidas habitualmente como laicistas defienden la separación absoluta de los ámbitos propios de la religión y del Estado, postulando que las creencias religiosas y su difusión, proselitismo y enseñanza deben circunscribirse al ámbito privado”, o, en palabras de Rawls, que “en el debate político público se pueden introducir, en cualquier momento, doctrinas generales razonables, religiosas o no religiosas, siempre que se ofrezcan razones políticas apropiadas para sustentar lo que ellas proponen”.

Buscando una mayor precisión y pertinencia del uso actual del término y del concepto portado por aquel, cabría consignar que, equidistante de las visiones extremas antes señaladas, las corrientes laicistas son aquellas que postulan un estado social que denominan como “laicidad”, en el cual rige la separación no conflictiva de los ámbitos propios de la religión y del Estado, materializado en formas de relación más o menos colaborativas, pero cuyo mínimo común denominador es la neutralidad estatal respecto de cada confesión religiosa particular.

Dicho lo anterior, centraremos la atención en los dos conceptos concurrentes en los debates sobre el fenómeno religioso y su recepción en el ámbito público, los cuales permiten otorgar un significado más preciso a las tendencias contemporáneas que los incluyen, a saber, la mirada actual sobre la idea de laicidad y su recepción en la noción de Estado laico -ligada principalmente a la perspectiva jurídica- y la persistencia del paradigma de la secularización, vinculada regularmente a una perspectiva sociopolítica.



En torno a la laicidad, también identificada contemporáneamente como la dimensión política del secularismo, su concreción en la noción de Estado laico se ha traducido históricamente en dos modelos tradicionales, a saber, el francés y el estadounidense, siendo el primero caracterizado por su radical confrontación con el catolicismo por la cuestión de las competencias en el terreno político y, a la vez, del cristianismo, al cual consideraba un factor contrario a los procesos de racionalidad emergentes tras la Revolución, posición jurídicamente asentada en 1905 con la aprobación de la ley de separación de las iglesias y el Estado y constitucionalmente refrendada en 1958 con su proclama como república indivisible, laica, democrática y social.

En el sistema francés, el Estado no reconoce los cultos religiosos, por lo que estos no pueden reclamar ninguna oficialidad ni desprender efectos de norma inexistente.

El modelo estadounidense, por su parte, ha centrado históricamente su preocupación en lograr evitar la intromisión del Estado en los asuntos religiosos, en línea con los temores de los padres fundadores del Estado respecto de su precedente inglés.” (DEL PICO RUBIO, Jorge. El lugar de la religión en el Estado laico: el modelo de laicidad en Chile dos décadas después de la entrada en vigor de la Ley N° 19.638. RDUCN [online]. 2019, vol.26 [citado 2021-07-17], 1. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532019000100201&lng=es&nrm=iso>. Epub 25-Sep-2019. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0001>).

75°. Dentro de esta interesantísima y muy relevante conceptualización, es necesario señalar que para desentrañar el sentido de expresión “*laica*” en las materias propias del sistema educacional chileno -desde la Constitución- debe descartarse cualquier perspectiva de negación de las religiones en el espacio público, diferenciando ello de lo que se consagra en el sistema constitucional vigente: la simple abstención del Estado frente a la elección de una de ellas, pero aceptando la existencia de todas, es decir, la distinción entre el laicidad como negación de toda manifestación de religiosidad individual en el espacio público y entre el laicismo como aconfesionalidad y respeto por todos los credos en condiciones de igualdad de trato a ellos, reconociendo el derecho chileno la libertad religiosa de las personas. Es del caso señalar que desde el citado artículo 5° de la Ley General de Educación, para todo el sistema educacional chileno “*laico*” significa respeto por la diversidad religiosa, y esa es la determinación de significado que ya está ya en el derecho nacional, para todo el sistema educacional y es así también el significado legal predeterminado en el proyecto, a renglón seguido de la norma cuestionada.

76°. Ya que sobre libertad de conciencia y de enseñanza se argumenta, cabe señalar que la noción primigenia y más elemental de libertad en un régimen republicano consiste en la libertad como ausencia de dominación, planteada inicialmente por Benjamin Constant en su clásica obra “De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos”. Según este concepto mínimo y básico de libertad, su dimensión negativa, primera y necesaria, sería la capacidad de hacer lo que se desea sin interferencias de otros, especialmente de la autoridad, el goce pacífico



de la independencia privada; en síntesis, la libertad como no dominación, que en el ámbito de una concepción liberal y republicana, como la que inspira la moderna concepción de derechos fundamentales, se traduce en el ejercicio de las libertades fundamentales de todo ser humano: la libertad individual, la libertad religiosa, de conciencia y de creencias, la libertad de trabajo. Asimismo, en la no interferencia de la autoridad estatal en materias que están fuera de la órbita de la gestión de los asuntos públicos, como en el respeto por la vida privada y la inviolabilidad del hogar.

77º. Posteriormente, en el marco de la noción de autonomía individual o de libre desarrollo de la personalidad surgirá la dimensión positiva de las libertades, lo que usualmente percibimos día a día, como la posibilidad de elegir en el marco de un abanico de posibilidades o simplemente libertad de elección. Así, aparecerá libertad bajo la forma de un derecho, referido a varios objetos: tránsito, fe, comercio, expresión, sexual, de información, etc., en tanto garantía de limitación al poder estatal, que se retirará de estas esferas y se abstendrá de actuar en ellas para que las personas tengan espacios de decisión autónoma, en lo que será la conquista de la limitación al poder del gobernante, reclamables incluso ante los tribunales. El Estado asegurará así espacios de libertad mediante conductas de abstención, es decir, garantizará la libertad personal no arrestando sin motivo, la libertad de cultos la asegurará no imponiendo -o impidiendo la imposición- de una fe específica, etc.

78º. Así, la noción de libertad como conquista política y límite al poder presupone concebir un ser humano capaz de decidir por sí mismo, dotado de discernimiento y auto comprensión; en espacios que además lo diferenciarán de sus semejantes, pues estas opciones y actos dependerán de cada uno, y es ello lo que de manera inicial, parcial y gradual, se ejercita con la autonomía progresiva y la función orientadora de los padres. A su vez, en las materias litigadas en este proceso, la perspectiva “laica” y “no sexista”, es la que asegura igualdad y ausencia de dominación para el pleno ejercicio de derechos del niño.

79º. Reiterando que el niño es titular de su propia libertad de conciencia, en etapa de formación, y dotado de capacidad de ejercicio al respecto, con autonomía y rol orientador de los padres, cabe concluir entonces que los padres en invocación de ese rol no “disponen” ni “vetan” el ejercicio de esa libertad de conciencia.

80º. A su vez, si se elimina la exigencia de que la educación sea de carácter “no sexista y “laica” ¿significa ello, a fortiori, consagrar como parte de la libertad de enseñanza el derecho a impartir una educación sexista y no respetuosa de las creencias ajenas? La conclusión es evidente, ello sería algo así como constitucionalizar o legalizar la imposición compulsiva de una determinada conciencia específica y además sería consagrar el derecho a discriminar a la mujer al enseñar una noción de inferioridad o sumisión, en vulneración de todas las normas de fuente constitucional y de derecho internacional, ya señaladas en este voto.

81º. Teniendo presente que Chile es un Estado no confesional y que en su legislación ya está presente la perspectiva de educación laica, en el sentido de igualdad



de confesiones y no imposición de una, es evidente que resulta del todo distinto promover el ateísmo científico estilo soviético y el anti clericalismo que establecer un paradigma “laico”, que se puede satisfacer con solo promover el conocimiento de las distintas confesiones en clave histórica y no catequística, en un entorno de reconocimiento de la libertad religiosa y de conciencia, además de lo cual, en paralelo a cumplir así con el artículo 5° de la LGE, y con impartir educación sexual en una clave similar y no sexista, los establecimientos que adhieran a una determinada fe perfectamente pueden ofrecer clases de religión, adicionales, por sobre los contenidos mínimos de programas y en torno a la misma hacer docencia de la ética y la moral concordante con ella.

82°. En cuanto al rol de los padres en el proceso educativo, cabe tener presente la Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), en tanto en ella *“El Comité opina que el párrafo 4 del artículo 18, permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores”*. En el mismo orden, cabe tener presente, desde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (21o período de sesiones. 1999), la Observación General. N. 13 sobre el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en tanto se señala que *“El párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones. En opinión del Comité, este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.”*. De tal manera, queda claro que hacer aplicación del derecho internacional que la Constitución hace suyo no es preterir el rol de los padres, sino que es armonizarlo con los derechos de los hijos.

83°. En cuanto al origen y fundamento de la exigencia del carácter “no sexista” de la educación, no es otro que una cuestión básica y explícita: la no discriminación y igualdad entre hombres y mujeres, proclamada expresamente por la Constitución en el numeral 2° de su artículo 19, sin perjuicio de todo lo que se puede decir sobre la



materia a partir de su artículo 1°, en tanto tienen igual dignidad y derechos y en tanto se debe promover la integración armónica de la mujer a la sociedad en igualdad de oportunidades. Lo mismo se puede decir del respeto por todas las disidencias e identidades sexuales, en la medida que la educación no sexista es una de las garantías de no discriminación para las personas que a ellas pertenecen

84°. En tal orden, el carácter “no sexista” de la educación alude a que la formación esté libre de la inculcación de estereotipos y premisas supremacistas o de roles históricos, entendidos como estructuras de poder y sumisión que sostienen la superioridad de un sexo sobre otro, en las cuales la mujer, o la persona perteneciente a disidencias sexuales, es entendida como la parte servil, sometida o pretendidamente inferior frente al hombre, y que por la vía de la educación se normalizan y perpetúan como parte de una estructura social. La prohibición de tal tipo de paradigma educativo es una cuestión ya se encuentra constitucionalmente consagrada como estándar, a partir de la garantía de la igualdad ante la ley, pues conceptualmente la educación sexista es la negación de la plena igualdad entre hombres y mujeres que se explicita en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución.

85°. En este sentido, no puede invocarse la libertad de enseñanza como justificación de educación sexista, pues la enseñanza que se imparta ha de ser respetuosa de los derechos humanos y dentro de ello no puede institucionalizar y justificar la discriminación arbitraria respecto de la mujer ni de las disidencias, salvo que se considere que el ejercicio de un derecho fundamental habilita a desconocer o destruir otro, como sería el derecho de toda mujer a no ser discriminada. Sin perjuicio de ello, el ya aludido artículo 5° de la Ley General de Educación ya consagra que el sistema educacional debe propender a la formación de una cultura de no discriminación y de igualdad, por lo que desde esa norma la ley ya ha reiterado la prohibición de la educación sexista que arranca como consecuencia de la plena igualdad de hombres y mujeres en la Constitución. Además, como se verá, el Estado Chileno tiene obligaciones internacionales anteriores a este proceso en materia de erradicación de la discriminación contra la mujer, lo cual incluye la necesidad de garantizar una educación no sexista.

86°. Así, en cuanto a la proscripción de la educación sexista como garantía de igualdad, por la vía de la remisión al derecho internacional de los derechos humanos en el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de tales derechos vía tratados internacionales, cumpliendo la función de límite al poder estatal no puede prescindirse de los estándares de la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, "CONVENCION DE BELEM DO PARÁ", ratificada por Chile y vigente, que debe ser tenida como parámetro de juzgamiento en el presente caso.

87°. En efecto, resultan particularmente relevante lo dispuesto por los artículos 6, letra b), y 8, letra b) de la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER,



"CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ, en la medida que el derecho a una vida sin violencia incluye, entre varios elementos, *“el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”* (artículo 6, letra b). A su vez, en la letra b del artículo 8 de la misma convención, el Estado de Chile se obligó a *“modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”*, cuestión que reconocerá como uno de los principales medios de cumplimiento al carácter no sexista e igualitario de la educación que se imparta.

88º. A su vez, en el artículo 5º de la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW), ratificada y vigente, el Estado de Chile se compromete a tomar las medidas apropiadas para *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”* y para *“b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”*.

89º. Así, puede observarse que el carácter no sexista de la educación es parte del contenido de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y se encuentra además reforzada por compromisos explícitos de derecho internacional de derechos humanos, contenidos en tratados sobre derechos e igualdad de la mujer, intentando evitar así la discriminación interseccional, es decir, aquella discriminación arbitraria que ya se produce por el hecho de ser mujer u hombre y se ve agravada por su pertenencia a un grupo etario determinado, etnia, raza, cultura, religión o por alguna especial condición que lo caracterice. De tal forma, ni el texto del proyecto cuestionado ni su declaración de inconstitucionalidad pueden modificar los deberes de educación no sexista del Estado chileno en materia de derechos humanos, y sostener que preterir su cumplimiento es una materia disponible por el derecho interno del Estado es, por una parte, una tautología que vulneraría el artículo 54 de la propia Constitución -en tanto sería de facto suspender la ejecución de tales tratados- y por otra parte sería una invocación de derecho interno para excusar su cumplimiento, en vulneración de los principios pacta sunt servanda y bona fide, contemplados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados internacionales, ratificada por Chile y vigente hace ya varias décadas.



90°. Adicionalmente, es elemental incorporar en el proceso hermenéutico la consideración de un enfoque que no prescinda de las condiciones socioculturales, geográficas y de género, en un contexto latinoamericano históricamente machista y discriminador con la mujer, con el objeto de propender a que los hombres y mujeres puedan acceder en plena igualdad al sistema educativo y al goce y ejercicio de todos sus derechos humanos en plena igualdad, teniendo el Estado el deber de promover el término de esas prácticas discriminatorias, para lo cual la educación no sexista es esencial.

91°. En lo referido al sistema interamericano de derechos humanos, y recordando que la exigibilidad de educación no sexista es una garantía de no discriminación por elementos ligados a la sexualidad, cabe mencionar una vez más lo razonado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia condenatoria respecto del Estado de Chile, en tanto *“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 91).

92°. De igual forma, si se invoca el interés superior del niño como argumento justificante, no debe preterirse que la inculcación de un paradigma sexista, es decir, discriminatorio o minusvalorativo respecto de los roles estereotipados de la mujer, no es parte de tal interés superior, pues es inculcar la apología del machismo como paradigma discriminatorio. Se debe recordar lo razonado en el caso Atala Riffo respecto del propio Estado de Chile, en orden a que *“la Corte constata 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. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 109). El concluir que las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre



características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia es plenamente extrapolable en la materia juzgada en el presente caso respecto a estereotipos prejuiciados acerca de la valoración de los sexos, es decir, sexista, pues eliminar la garantía de educación no sexista es abrir pie a la inculcación de los prejuicios y estereotipos arraigados, los cuales son en esencia discriminatorios y minusvalorativos.

93°. En este sentido, no puede preterirse que la construcción de la propia identidad sexual, en un paradigma de libertad, igualdad, conciencia y voluntad es parte del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, cuestión que se desarrolla además en la órbita de la vida íntima, todo lo cual se encuentra recogido por el derecho constitucional chileno a partir de la cláusula de la dignidad humana (art. 1), la disposición del propio cuerpo (a partir del derecho a la integridad física, entendido como un derecho de titularidad y disposición exclusiva de la persona en el numeral 1° del art. 19), las garantías de la vida íntima (numeral 4° del mismo artículo) y la libertad personal (numeral 7°), además del derecho a no ser discriminado, en diferencias de trato que resulten arbitrarias (numeral 2° del mismo artículo 19), todo lo cual choca con un paradigma de educación sexista, que por definición es estereotipado, apriorístico, excluyente y supremacista.

94°. En síntesis, la obligación de que la educación sexual, y toda la educación, no sea sexista, ya está consagrada y regulada en Chile hace ya bastantes años, desde la Constitución, desde los tratados internacionales y desde el sistema interamericano de derechos humanos.

CONCLUSIONES

95°. Como se viera, el proyecto de ley no tiene inconstitucionalidades y es armónico con el derecho internacional. Dicho texto legal y sus impugnaciones, no solo se interpreta desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino que lo realiza de modo integral en el caso de la Convención de Derechos del Niño y lo ejecuta en la superación de los obstáculos y discriminaciones en el caso de la CEDAW y la Convención de “Belem do Pará”.

96°. Por otra parte, el niño es titular de derechos y tiene capacidad de ejercerlos con autonomía progresiva, lo cual en el sistema jurídico chileno se encuentra ya consagrado en diversas normas, y con o sin las normas cuestionadas, las limitaciones a tal autonomía progresiva serán interpretadas restrictivamente. Incluso las propias cláusulas interpretativas del propio proyecto de ley en sus artículos 3°, inciso 3°, y 7°, tornarán en irrelevante la declaración de inconstitucionalidades que afectan algunas consecuencias de la autonomía progresiva.

97°. En el mismo sentido, el niño es titular del derecho de reunión, estableciéndose en la Convención de derechos del niño expresamente que lo puede ejercer por sí mismo en ciertas condiciones, motivo por el cual el Estado no puede dejar ello sin efecto recurriendo a derecho interno.



98°. Adicionalmente, diversas normas constitucionales y de derecho internacional comprometen al Estado chileno a erradicar las prácticas discriminatorias, parte de las cuales es la inculcación mediante el sistema educativo de paradigmas sexistas y estereotipados, lo que determina que la educación sexista es incompatible con la garantía de igualdad ante la ley, con o sin las normas cuestionadas en este proceso.

99°. Es por todo lo expuesto que el requerimiento debe ser rechazado.

PREVENCIÓN Y VOTO PARTICULAR

La Ministra señora **MARÍA PÍA SILVA GALLINATO** previene que acoge el requerimiento en relación a la frase “de carácter laico y no sexista”, contenida en el inciso cuarto del art. 41 referido a la educación sexual y afectiva integral, **únicamente por motivos de forma**, ya que tales expresiones modifican el inciso 4° del art. 1 de ley 20.418, de 2010, que dispone: *“Sin perjuicio de lo anterior, los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir dentro del ciclo de Enseñanza Media un programa de educación sexual, el cual, según sus principios y valores, incluya contenidos que propendan a una sexualidad responsable e informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados, de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados”* y, como este Tribunal Constitucional resolvió que dicha norma recayó sobre una materia propia de la ley orgánica constitucional a la que se refiere el inciso 5° del numeral 11 del artículo 19 de la Carta Fundamental (STC Rol N° 1588), su modificación debió cumplir con el quórum exigido por el inciso 2° del artículo 66 constitucional, sin que exista constancia de que las Cámaras la hayan aprobado con tal quórum.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien además de los fundamentos expresados en la disidencia común, estuvo por rechazar el requerimiento deducido en base a las siguientes consideraciones adicionales:

TITULARIDAD DE DERECHOS POR LOS NNA

1°. Cabe mencionar en primer lugar que la titularidad de derechos fundamentales, así como el ejercicio y disposición de los mismos, se configuran desde la Constitución, para “todas las personas”, como expresamente lo determina el propio artículo 19 de la misma, entendido ello como norma de eficacia inmediata y directa a partir de su artículo 6°. Es decir, todas las personas son titulares de derechos fundamentales sin necesidad de mediación legislativa, y sin distinción de edad a partir de las normas constitucionales. A ello se agregan las garantías jurisdiccionales de los



mismos, que en sus artículos 20 y 21 tampoco limitan ni segmentan rangos etarios para su uso.

2°. A su vez, los derechos regulados en la Constitución son los “fundamentales”, entendidos como los derivados de las necesidades de respeto y preservación de la dignidad humana a partir de su artículo 1° y como derechos subjetivos universales, explicitados y asegurados con garantías específicas, en una posición de superioridad en el sistema de fuentes. De tal manera, la titularidad y capacidad de derechos fundamentales se configura en y desde la constitución y cabe concluir que los derechos fundamentales y la capacidad ius fundamental son diferentes de la configuración que el resto del sistema de fuentes determine para la titularidad y capacidad de derechos de rango legal y no fundamentales. Así, no debe confundirse la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales en una constitución de 1980 y en el derecho internacional de los derechos humanos en pleno siglo XXI con lo que los decimonónicos Códigos Civiles napoleónicos, que incluyen además al derecho de familia en su contenido, llamaron capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

3°. Cabe mencionar que incluso en tal paradigma de legislación civil, el niño es titular de derechos pues es persona, y en ese marco, el derecho de familia del Código Civil concibió desde el siglo XIX, al niño como un titular de capacidad de goce, mas no de capacidad de ejercicio, entendiéndolo como un incapaz, absoluto o relativo según su edad. Civilmente hasta hoy es un incapaz, absoluto si es infante y relativo si es menor adulto.

4°. Cabe decir que incluso en ese paradigma del siglo XIX, sin constituciones justiciables y sin derecho internacional de derechos humanos, el niño siempre ha sido titular de derechos, pues es persona, pero al ser declarado incapaz por la ley, se le priva de la capacidad de ejercicio y sus derechos y obligaciones pasan a ser además un “objeto de protección”, debiendo actuar representado por una persona plenamente capaz. Lo novedoso en el siglo XX es que el sistema internacional de derechos humanos y el constitucionalismo de los derechos fundamentales va a ir más allá de la ley civil, superando el paradigma expuesto y reconocerán al niño derechos fundamentales y derechos humanos, algunos de ellos derechos específicos, y coronarán tal avance con la institucionalización de capacidad de ejercicio a su respecto. Así, aparece la figura del niño en el derecho internacional de los derechos humanos, pasando de ser un incapaz civil a ser titular de ejercicio derechos fundamentales y derechos humanos, algunos de ellos marcadamente específicos, en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño, ratificada por Chile y vigente. En adelante, en razón del título de tal convención, se hablará de “niño” para referir al menor de edad, a pesar de que hoy es más usada para ello la sigla NNA (niños, niñas y adolescentes).

5°. Es por lo expuesto que, como se señala en la disidencia conjunta, se puede sostener una doble titularidad de derechos para los NNA, o bien una titularidad reforzada, arrancando desde la fuente constitucional y adicionalmente con la Convención sobre los derechos del niño como fuente específica.



ACERCA DE LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA PROGRESIVA

6°. Sin desconocer el rol de los padres, sobre todo sus deberes, pues el niño es una persona humana pero es a la vez un ser en etapa de formación, en situación de dependencia material y afectiva, y por ende no auto valente, es que el ejercicio de tales derechos comienza paulatinamente y se va extendiendo en cuanto a su intensidad, amplitud y objetos a lo largo del tiempo en el cual se va desarrollando el paulatino y gradual proceso de madurez, acompañado de guía y apoyo de los padres, todas cuestiones que son indisociable del proceso de desarrollo de la personalidad y madurez de cada ser humano. Es así que aparece como una necesidad conceptual y metodológica la denominada “autonomía progresiva” del niño, pues sus esferas de ejercicio de sus propios derechos son espacios de autodeterminación iniciales o relativos al inicio, que van creciendo y consolidándose de manera paulatina e irreversible, motivo por el cual se alude su carácter de progresiva. A mayor progresión de tal autonomía será menor la injerencia y poder de decisión de la autoridad parental, pues el proceso se asocia al avance gradual a la madurez, y es por ello que el rol de los padres pasa a ser de orientación y guía.

7°. Cabe señalar que las normas cuestionadas del artículo 11 del Proyecto de Ley no son más que la explicitación de las consecuencias necesarias e ineludibles del proceso de autonomía progresiva. En este sentido cabe señalar que, sin que se le denomine expresamente así, la autonomía progresiva del niño ya está consagrada en diversas normas del sistema de fuentes del derecho chileno, por lo que ningún efecto útil podría tener una declaración de inconstitucionalidad de tales normas en este proceso.

8°. En efecto, la autonomía progresiva es parte de los derechos específicos del niño, de fuente internacional convencional, es una obligación internacional del Estado Chileno y es a la vez una norma de principio, por lo cual los órganos del Estado deben optimizar su aplicación y eficacia, por tanto resulta una conclusión necesaria que sus restricciones y limitaciones se interpretarán de forma estricta y restrictiva, con o sin la parte impugnada del art. 11 que se cuestiona, y si se declara una inconstitucionalidad, sus fuentes de derecho internacional la siguen consagrando y sigue siendo progresiva, y en consecuencia significa menor injerencia parental de manera gradual, con o sin las normas cuestionadas.

9°. Es ineludible en este paradigma el objetivo pleno desarrollo, el rol orientador, el deber de oír y la guía en el ejercicio por sí mismo de sus derechos, teniendo como eje a la evolución de sus facultades, todo lo cual determina estadios y elementos que construyen un camino continuo a la madurez y a la autodeterminación, en tanto el niño es titular de libertades y derechos, todo lo cual es parte ineludible de la autonomía progresiva, sin la cual es imposible el ejercicio de derechos por parte del niño. A su vez, el ejercicio por sí mismo de sus derechos fundamentales de conformidad a la evolución de sus facultades es la consagración de la autonomía progresiva del niño en artículo 222 del Código Civil, también en clave de norma de principio.



10°. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también tiene pronunciamientos referidos al tema, declarando expresamente “(...) *el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte*” (Sentencia del caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, de 25 de noviembre de 2013, párrafo 219), que “*los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.” (Sentencia del Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009 Serie C No. 211, párr. 184).*

11°. En cuanto a la autonomía progresiva, la misma también ha sido reconocida expresamente en el sistema interamericano de derechos humanos, al señalarse por la Corte que “(...) Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 ‘debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial’. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, párrafo 66) y que “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niños”, de 28 de agosto de 2002, párrafo 102). Este voto hace suyos tales estándares, con los cuales el Estado Chileno puede ser juzgado en el sistema interamericano de derechos humanos, sin que declaración alguna de inconstitucionalidad del presente proceso obste a ello, y sin que las normas del proyecto de ley o el texto de esta sentencia puedan ser invocado para eludir o dejar sin ejecutar los deberes propios del derecho internacional de los derechos humanos.

12°. No cabe duda entonces que la autonomía progresiva es parte de los derechos humanos específicos del niño, a nivel internacional, a nivel constitucional



por la vía del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y es a la vez un pilar del derecho de familia a nivel legal en el derecho interno, consagrada y entendida como un principio rector, por cuanto resulta particularmente relevante la interpretación en este sentido, entendiendo el sistema jurídico como un conjunto de derechos, obligaciones recíprocas y garantías, en tanto parámetro de control indisoluble de los actos de ejercicio del poder, que se cimenta sobre de la necesidad de respeto de la dignidad humana, que tiene la característica de configurarse como un elemento intrínseco, inalienable e irrenunciable, que tendrá que ser asegurado, garantizado, respetado y promovido por el ordenamiento jurídico, en todas sus dimensiones. En tal entorno es deber del Estado darle la máxima eficacia a tal principio, e interpretar todo lo relacionado con el niño en torno a la titularidad y ejercicio de sus derechos en clave de autonomía progresiva.

EN CUANTO AL DERECHO DE REUNIÓN DE LOS NNA

13°. En cuanto a los derechos de reunión y asociación, el art. 15 de la Convención de derechos del niño los reconoce como derechos específicos del niño, es decir, explicita al niño como titular de su ejercicio, estableciendo en el inc. 2 los motivos de limitación⁴, señalando que no puede haber más que esos, razón por la cual las reglas impugnada que permiten ejercerlos “... *por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren*”, en clave de autonomía progresiva, que más que una opción de política legislativa es así un deber del Estado. Cabe observar que la voluntad de los padres o su derecho preferente de educación en la constitución del 80 no es motivo habilitante de limitación como elemento de veto para el ejercicio de estos derechos (el rol de los padres se reconduce a guía y orientación a partir del artículo 18 de la Convención, mas no a veto de ejercicio), está fuera de las hipótesis del artículo 15 de la Convención y una interpretación como la sostenida en el requerimiento y en el voto de mayoría implica concebir un poder de veto parental en el derecho del propio Estado respecto de un ejercicio de derechos que la norma internacional contempla para el niño, para así dejar sin cumplir las normas de la convención sobre titularidad y ejercicio de estos derechos por el propio niño.

14°. Así, la declaración de inconstitucionalidad de las reglas cuestionadas sobre el derecho de reunión resulta ser derechamente liberticida respecto del niño, pues desaparece todo el espacio de autonomía progresiva que pudiese existir en el área de ejercicio del derecho de reunión y por ende se produce la misma afectación de los otros derechos cuyo ejercicio es consecencialmente conexo, como libertad de expresión y asociación, pues la única forma de ejercicio que subsiste del derecho de reunión es la del permiso parental, que así se transforma en un veto, volviendo el niño al paradigma de incapacidad civil, debiendo preguntar y recabar permiso -el cual puede ser negado sin expresión de causa. Lo explicado es la consecuencia de eliminar la posibilidad de ejercer estos derechos “*por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren*”, pues solo queda la hipótesis de autorización

⁴ “No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.”.



de los padres, eliminándose el ejercicio del derecho “*por sí solos*”, y sin que se pueda considerar ni menos ponderar edad ni grado de autonomía para espacios de ejercicio autónomo sin veto parental.

CONCLUSIÓN

15°. En conclusión, las normas cuestionadas no consagran nada que ya no esté incorporado al derecho chileno por vía de estándares internacionales que es imperativo cumplir, a lo cual se suma que este Tribunal ha utilizado en diversas oportunidades a la Convención sobre los derechos del niño como estándar de control (ver por ejemplo, sentencias Roles N°s 786, referida a la denominada “*indicación Larraín*”, en materia de responsabilidad adolescente; 2743 2791 y 3119, referidas a normas procedimentales punitivas para adolescentes; 2867 sobre nombramiento de curadores y 3364 en materia de derecho a la identidad).

16°. Desde esta perspectiva, las declaraciones de inconstitucionalidad no modifican los deberes del Estado en la materia, a lo que se agrega que la educación sexista y no respetuosa de la libertad de conciencia es atentatoria en contra de la garantía de esta última y del derecho a no ser objeto de discriminación, por lo que con las normas constitucionales e internacionales preexistentes a este proceso se concluye de todas formas como obligación del Estado lo que se pretende declarar inconstitucional en el proyecto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán; la disidencia, la señora y los señores Ministros que la suscriben; y la prevención y el voto particular, la Ministra señora María Pía Silva Gallinato y el Ministro señor Rodrigo Pica Flores, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas)

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.



Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.