

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Chile. Constitución 1980.

Reformas constitucionales. Chile.

Migrantes.

Derecho internacional. Chile.

Pandemia.

Estallido social. Chile.

Estados de excepción constitucional. Chile.

Prisioneros políticos. Chile.

Ahorro para el retiro.

Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

9. DESCONOCIMIENTO Y SUBORDINACIÓN. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE AL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE SISTEMA DE GARANTÍAS DE DERECHOS DE LA NIÑEZ¹

Nicolás Espejo Yaksic²

Resumen

En este texto se revisa críticamente los argumentos desarrollados por el voto de mayoría en la sentencia que impugnó algunas secciones de la que es, por hoy, la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. La tesis central de este trabajo es que el Tribunal Constitucional desconoce y subordina los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes en dos sentidos específicos. De un lado, el Tribunal Constitucional desconoce el rol esencial que los derechos individuales juegan al interior de las familias. Con ello, el Tribunal descuida, gravemente, el rol cautelar que la Constitución ejerce respecto de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito privado. De otro lado, el Tribunal Constitucional subordina la titularidad y el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a los derechos de control parental. De esa forma, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, especialmente aquellos vinculados con el ejercicio progresivo de la autonomía individual, pierden todo peso normativo relevante. Ello afecta, a su vez, el desarrollo mínimo de aquellas condiciones que habilitan, en el marco de relaciones de cuidado, guía y orientación parental, el despliegue de la autonomía y la agencia moral en niñas, niños y adolescentes.

1 Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 11.315/11.317-21-CPT* (acumuladas), de 26 de julio de 2021 (Proyecto de Ley que establece Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez).

2 Doctor en Derecho, Investigador del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Profesor Visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden y Miembro Correspondiente del Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge.

1. Introducción

A pesar de la enorme relevancia de esta específica forma de reconocimiento y protección constitucional, y a diferencia de muchas constituciones políticas de América Latina, la Constitución Política de Chile (en adelante, “la Constitución”) omite toda referencia expresa y explícita a los derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes. Se trata de una anomalía constitucional particularmente relevante y que, como demuestra la sentencia que se analiza en este texto, puede generar sustanciales y graves restricciones a la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en Chile.³

Distintas iniciativas han intentado suplir esta manifiesta deficiencia del sistema constitucional Chileno. Por ejemplo, una iniciativa de reforma constitucional al texto vigente -rechazada por el Congreso Nacional en 2019- proponía entre otras cosas, asegurar a todas las niñas, niños y adolescentes el ejercicio y goce de sus derechos, especialmente de aquellos reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontrasen vigentes.⁴ A su vez, el texto de propuesta de una nueva Constitución Política que fue rechazado en el plebiscito de 4 de septiembre de 2022 contenía una serie de normas orientadas al reconocimiento y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En particular, el nuevo texto constitucional reconocía, entre otras cosas, que las niñas, niños y adolescentes serían considerados como titulares de los derechos. A su vez, la propuesta constitucional disponía que es deber prioritario del Estado, el promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, resguardando su interés superior, su autonomía progresiva, su desarrollo integral y su derecho a ser escuchados y a participar e influir en todos los asuntos que les afecten, en el grado que corresponda a su nivel de desarrollo en la vida familiar, comunitaria

3 Para una revisión detallada de sistemas constitucionales que, a diferencia del Chileno, reconocen expresamente los derechos de las niñas niños y adolescentes ver, Espejo Yaksic N. & Lovera Parmo, D. (Editores), *La constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2023; Haugli, Trude; Nylund, Anna; Sigurdson, Randi y Bendiksen, R.L. (eds.), *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020 y; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Protection of Children’s Rights: International Standards and Domestic Constitutions*, 3 de abril, 2014.

4 En este sentido, el Art 19 bis del proyecto de reforma disponía: “La Constitución asegura a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y goce de sus derechos, particularmente los reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El Estado fomentará la concurrencia de las familias y la sociedad en la promoción, respeto y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. La Ley establecerá un sistema de protección integral de los derechos de la niñez”. Cámara de Diputados, Reforma Constitucional, en materia de garantías de derechos del niño, Boletines refundidos N° 8167 y N° 11700. en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8572&prmBoletin=8167-07>

y social. Ese deber prioritario incluía el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en condiciones familiares y ambientales que permitan el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Importantemente, la propuesta constitucional rechazada reconocía expresamente la libertad de los progenitores y de otros adultos responsables, a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes.⁵

Por cierto, la Constitución reconoce una serie de derechos y garantías a todas las personas, incluidas las niñas, niños y adolescentes. En particular, ha sido por vía de una aplicación material de los tratados de derechos humanos en su interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales, que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han incorporado la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño (en adelante, “la Convención”) al orden constitucional. Así lo ha hecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en relación con los derechos de la niñez en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes⁶, respecto a las normas nacionales sobre fertilidad⁷, la guarda de menores⁸ y, más recientemente, en la sentencia bajo revisión en este texto.⁹ Tratándose de la Corte Suprema de Chile, esta ha hecho un extensivo uso de la Convención y, en especial, del principio del interés superior de la niñez, al momento de interpretar las normas constitucionales vigentes¹⁰. Se trata, sin embargo, de desarrollos jurisprudenciales bastante incipientes y que no han permitido aún desplegar todo el potencial normativo de los derechos de la niñez y la adolescencia.

La omisión de la Constitución Chilena respecto al reconocimiento de derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes, sin embargo, no ha impedido que el Legislador haya avanzado en la protección de estos derechos en materia familiar, laboral y penal, entre otras.¹¹ En especial, la recientemente promulgada

5 Cfr., artículos 26° y 41°, Propuesta de texto de la Constitución Política de la República 2022, disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio>

6 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 786-2007 de 13 de junio de 2007.

7 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 740 de 18 de abril de 2008.

8 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 2867-15, de 12 de abril de 2016.

9 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021.

10 Para una sistematización de la principal jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia, cfr., en Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*, enero de 2019, Santiago de Chile. Disponible: <http://decs.pjud.cl/articulo-el-interes-superior-del-nino-nina-y-adolescente-y-su-aplicacion-en-la-jurisprudencia-de-las-segunda-y-cuarta-sala-de-la-corte-suprema/>

11 Ver, entre otras normas, Código Civil, Artículo 225 Inc 4°; Artículo 222; Artículo 242 Inc 2°; Código del Trabajo, Artículo 13, 14, 15, 16, 17 y 18; Ley N°19.947, que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil,

Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia¹², constituye el instrumento legal integral para el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes en Chile, aun cuando la Constitución Política permanezca silente sobre esta materia. Entre otras cosas, la Ley N.º 21.430 busca llenar un vacío legislativo importante en Chile, consistente en no contar con una ley marco, que reconociera y garantizara los derechos de la niñez y la adolescencia.

2. Las disposiciones impugnadas

El 26 de julio de 2021, el pleno del Tribunal Constitucional (en adelante “el TC”) en fallo dividido, acogió un requerimiento de un grupo de senadores y diputados, en cuya sentencia causa Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), declaró inconstitucionales algunos preceptos del Proyecto de Ley, Boletín N° 10.315-18 que «*establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez*». En particular, los requirentes impugnaron algunas frases o secciones específicas del Proyecto de Ley, que formaban parte de 3 artículos originalmente propuestos por el Legislador. Estas frases -y los artículos en los que se contenían- eran los siguientes (las frases impugnadas se encuentran subrayadas):

2.1 Autonomía Progresiva

“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.”

Artículo 11, Inc. 2º: “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

Ministerio de Justicia, 17 de mayo del año 2004, Artículos 3 y 85; Ley N°19.620, Dicta normas sobre adopción de menores, Ministerio de Justicia, 05 de agosto de 1999, Artículo 1; Ley N°19.968, Crea los tribunales de familia, Ministerio de Justicia, Artículo 16; Ley N°20.084, Establece un Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, Ministerio de Justicia, 07 de diciembre de 2005, Artículo 2; Ley N° 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar, 22 de septiembre de 2005, Ley N° 21.302, Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y Modifica las normas legales que indica, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, enero 2021, Art. 4, Inc 1º.

12 Promulgada el 6 de marzo de 2022 y publicada en el Diario Oficial, con fecha 15 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>

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.”

2.2 Derecho de reunión y manifestación pacífica

Artículo 31, Inc. 4º: “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.

Artículo 31, Inc. 5º: “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.”

2.3. Derecho a la educación sexual y afectiva integral

Artículo 41, Inc. 4º: “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.”

3. Decisión del Tribunal Constitucional

El requerimiento fue acogido por el pleno del TC y contó con el voto de disidencia de los ministros señores Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva, la ministra Señora María Pía Silva Gallinato y el ministro señor Rodrigo Pica Flores, quienes estuvieron por desestimar el requerimiento. La ministra María Pía Silva Gallinato estuvo por declarar la inconstitucionalidad del artículo 41, inciso cuarto, la frase: “de carácter laico y No sexista.”

En términos generales, el TC acogió el requerimiento fundado en una supuesta excesiva interferencia regulatoria del Estado en el espacio de libertad y autonomía de los cuerpos intermedios, particularmente de la familia y, en menor medida, de los establecimientos de enseñanza. Para el TC, las disposiciones impugnadas vulneraban «el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos» (artículo 19, N° 10°, inciso tercero de la Constitución) y el derecho de los padres «de escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos» (artículo 19, N° 11°, inciso cuarto de la Constitución). El TC precisa, a efectos de justificar su acercamiento a la decisión del caso, 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. Para el TC, al interior de una familia predominaría una regulación social doméstica. La familia sería un espacio esencialmente desregulado desde el punto de vista jurídico.

En opinión del TC, las disposiciones impugnadas por el requerimiento reflejarían un cambio de paradigma: 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 2°) o, derechamente, para actuar por sí sólo respecto de determinadas situaciones (artículo 31, incisos 4° y 5°). El TC considera inconstitucional que los conflictos entre hijos, hijas y sus progenitores hayan 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 deban interpretarse de manera siempre restrictiva (artículo 11, inciso 1°). De manera similar, el TC estima que el 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 (artículo 41, inciso 4°).

4. Análisis crítico de las razones que justifican la sentencia del TC

A continuación, se formula una serie de comentarios críticos a las razones esgrimidas por el TC, al momento de justificar su decisión. A los efectos de una mejor sistematización de estas observaciones, esta sección se subdivide en dos partes. En la primera de ellas presto atención a lo que el TC define como “las ideas fundamentales sobre las que gira la controversia constitucional” en el presente caso. En esta sección de la

sentencia, el TC formula -a priori- una serie de afirmaciones que determina, en gran medida, los argumentos específicos desarrollados luego y en torno a las disposiciones impugnadas. En la segunda parte de mi análisis, en tanto, me concentro en la forma en que el TC concibe, de manera específica, los derechos parentales y el principio de autonomía progresiva y el derecho a la educación sexual y afectiva integral, de carácter laico y no sexista.

4.1 Ideas fundamentales. Familia y derechos fundamentales

Una de las primeras cosas que llaman profundamente la atención de la decisión adoptada por el TC, son las declaraciones con la que el Tribunal inaugura su línea argumentativa bajo el título “ideas fundamentales sobre las que gira la controversia constitucional”.¹³ Según nos indica el TC:

“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.”¹⁴

En particular, para el TC “[...] 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.”¹⁵ De manera especialmente selectiva y sin hacer mención alguna a una serie de otras normas jurídicas que disponen derechos para las niñas, niños y adolescentes, el TC hace referencia (incompleta) al Código Civil, reafirmando que 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.”¹⁶

13 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021, p. 9.

14 Ibid., Considerando 2. El destacado es mío.

15 Ibid., Considerando 4

16 Ibid. El énfasis es mío.

Una vez formuladas tales aseveraciones, el TC afirma que:

“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.”¹⁷

En otras palabras, para el TC, allí donde hay derechos (exigibles) de la niñez, nos encontramos frente a un hecho lamentable y que abre la puerta a socavar la familia. Así, se reconocen formalmente derechos de la niñez, pero su ejercicio queda supeditado, limitado, circunscrito al ejercicio de otros derechos: los de sus progenitores. Ello no solo parece incoherente con la propia jurisprudencia anterior del Tribunal¹⁸, sino que torna a los derechos de la niñez en abiertamente fútiles. Si los derechos de las niñas, niños y adolescentes han de ser tomados en serio, ello implica, necesariamente, que deben ser capaces de afirmarse en su propio mérito y no ser, en cambio, supeditados al ejercicio de derechos o intereses de otras personas, incluidos los progenitores.¹⁹

El principal déficit del razonamiento del TC radica en que este confunde, gravemente, dos cuestiones distintas. Por un lado, la naturaleza específica de las relaciones éticas que se desarrollan en el seno familiar y, por otro lado, la falta de necesidad en el reconocimiento y exigibilidad de los derechos individuales de quienes conforman tales relaciones. Sabemos que los progenitores harán todo lo posible por cuidar y proteger a su hija o hijo, no debido a la imposición de

17 Ibid., Considerando 7. El énfasis es mío.

18 Anteriormente, y a propósito del derecho de las niñas, niños y adolescentes a acceder, bajo condiciones de confidencialidad, a consejerías médicas sobre anticoncepción de emergencia, el Tribunal había sostenido que el derecho de los padres a educar a sus hijos no puede “vulner[ar] el ejercicio legítimo de los derechos de los adolescentes, que también debe ser respetado.” Cfr., Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 740 de 18 de abril de 2008, Considerando 16°.

19 O'Mahony, Conor, “The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children's Rights”, en James G. Dwyer (ed.), *Oxford Handbook of Children and the Law* (Oxford: Oxford University Press), 2020, pp. 872-3.

algún deber legal, sino porque estarán interesados en el bienestar de ellos.²⁰ A su vez, mientras una persona responsable sigue sus obligaciones legales, la responsabilidad no termina ahí: una persona responsable considerará el efecto que pueda tener sobre los otros y ajustará su comportamiento, incluso si esto significa renunciar a sus derechos legales.²¹ Sin embargo, de esta constatación fáctica no se deriva la afirmación hecha por el TC Chileno de que familia constituye “un espacio esencialmente desregulado desde el punto de vista jurídico”. Tampoco, formular -sin más- la idea que, en una familia, “el sistema de permisos, libertades y restricciones presente en la relación de los progenitores con sus hijos e hijas “se construye a nivel doméstico y de una manera informal”.

Toda relación humana, incluidas las relaciones entre progenitores y sus hijos e hijas conllevan riesgos y eventuales daños. En el caso de las relaciones familiares, tales riesgos son particularmente concretos y se manifiestan en una serie de violaciones a los derechos de quienes componen el núcleo familiar, especialmente quienes se encuentran en una posición de mayor dependencia o vulnerabilidad.²² Y es que, sin derechos, las relaciones humanas basadas en el cuidado pueden transformarse en dañinas o manipuladoras.²³ Por eso, no puede existir cuidado (responsabilidad) sin justicia (derechos).²⁴ Desde el punto de vista de las relaciones íntimas entre los adultos, la consolidación del paradigma de igualdad y no-discriminación ha llevado a una permanente reformulación de los principios y reglas que ordenan los conflictos patrimoniales y personales en el espacio familiar.²⁵ La consolidación principio del daño al interior de la esfera íntima ha significado una clara reformulación de los límites de la intervención del Estado en materias tradicionalmente excluidas del escrutinio y regulación públicas. De este modo, mientras ha mantenido su posición de privilegio y protección, la esfera íntima ha dejado de ser una licencia de irresponsabilidad u opresión.²⁶

20 Bridgeman, Joe, *Parental Responsibility, Young Children and Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

21 Eekelaar, John, *Family Law and personal life*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 128; 130-131.

22 Herring, Jonathan, *Caring and the Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 64-68.

23 Alexander Meyers, Peter, “The ‘Ethic of Care’ and the Problem of Power, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, N°2, 1998, p. 142.

24 Held, Virginia, *The Ethics of Care: Personal, Political and Global*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 17.

25 Glennon, L., “The limitations of equality discourses on the contours of intimate obligations”, en Walbank, Julie, Choudry, Shazia & Herring, Jonathan, *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, London and New York, 2010, pp. 169-198.

26 Eekelaar, Joh, Op. Cit., nota 23, p. 85.

A su vez, desde el punto de vista de las relaciones entre adultos y niñas, niños y adolescentes, el principio del Interés Superior del Niño (ISN) implica reconocer a los primeros como portadores de derechos y sujetos de protección integral.²⁷ Ello implica, necesariamente, entender que del ISN se deriva un poder para exigir la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de terceros -incluidos los de los progenitores, de ser el caso- respecto del respeto de los propios intereses de las niñas, niños y adolescentes.²⁸ En este sentido, los derechos de las niñas, niños y adolescentes refuerzan, a la vez que limitan la esfera íntima, reconociendo un espacio privilegiado para la protección ejercida a través de la responsabilidad parental, al tiempo que dotan a los niños de garantías para ejercer sus derechos básicos al desarrollo, y progresivamente, sus derechos de autonomía.²⁹ De este modo, el espacio íntimo de la familia se ve enfrentado ahora al desafío de ponderar o balancear los derechos (intereses) de todos los integrantes del núcleo familiar, incluidos los de las niñas, niños y adolescentes, a la vez que debe evitar una excesiva juridificación de las relaciones de cuidado y amor que están a su base.³⁰ Así entendidos, los derechos de las niñas, niños y adolescentes no vienen a reemplazar -como erróneamente sugiere el TC- el núcleo de las relaciones de cuidado entre progenitores e hijas e hijos, sino que operan como garantía de protección cuando tales cuidados se vuelven opresivos, violentos o injustos. Y es que, como sugiere Waldron, la estructura de los derechos no es *constitutiva* de la vida social, sino que debe ser comprendida, en cambio, como una posición de *respaldo y seguridad* en caso de que los demás elementos constitutivos de esa relación social (el cuidado en este caso) se desintegre o distorsione.³¹

27 Eekelaar, John, "The Importance of Thinking that Children Have Rights", en P. Alston, S. Parker y J. Seymour (Eds.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, 1992, pp. 221-235.

28 Archard, David, *Children: Rights and childhood*, 2nd Ed., New York, Routledge, London, 2004, p. 62. Ver, más generalmente, Comité de Derechos del Niño (2013), *Observación General N° 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 62º período de sesiones, U.N. Doc CRC/C/ GC/14 (29/05/2013).

29 Eekelaar, John, "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", en *International Journal of Law and the Family*, 8, 1994, pp. 42-61 y; Espejo Yaksic, Nicolás, "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en Lathrop Gómez, F. & Espejo Yaksic, N. (coordinadores), *Responsabilidad Parental*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, pp. 33-52.

30 Honneth, Axel, "Love and Morality: On the Moral Content of Emotional Ties", en Honneth, A., *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*, Polity Press, Cambridge, Malden, Massachusetts, 2007, pp. 163-180.

31 Waldron, Jeremy, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 374.

4.2 Los derechos parentales y la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes

El TC declaró como inconstitucional dos secciones específicas del Boletín 10.315-17. Ellas fueron: a) la que disponía que “las limitaciones a los derechos de un niño o adolescente deben interpretarse siempre de modo restrictivo” (Art 11 Inc. 1°) y, b) aquella que determinaba “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” (Art 11, Inc. 2°), a medida que los niños van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras.

En opinión del TC, la regla del Art 11 Inc. 1° implicaba “dirimir a priori un conflicto en la aplicación de la ley”³², prefiriendo siempre una lectura restrictiva entre el ejercicio del derecho de una niña, niño o adolescente la directiva de un progenitor “respecto de lo que es mejor para su interés”.³³ Respecto de la obligación de “requerir” menor dirección y orientación por parte de los progenitores, el TC estimó que 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.”³⁴ A mayor abundamiento, el TC consideró que “[L]a 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”.³⁵

A su vez, y en directa relación, su interpretación sobre la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes y los derechos de los progenitores y otros adultos responsables, el TC declaró como inconstitucional, dos secciones específicas establecidas en los incisos 4° y 5° del Artículo 31 del Proyecto de Ley. Estas secciones reconocen el derecho de niñas, niños y adolescentes a “tomar parte en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas convocadas conforme a la ley” (Inc. 4°) y a “promover y convocar reuniones y/o manifestaciones públicas de conformidad a la ley” (Inc. 5°), “por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se

32 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021, Considerando 13.

33 Ibid.

34 Ibid., Considerando 17.

35 Ibid., Considerando 18.

desenvuelven así lo permitieren”. El TC estimó que la inconstitucionalidad de estas secciones se seguía de las mismas razones desarrolladas en torno a la autonomía progresiva formuladas respecto del Artículo 11 del Proyecto de Ley. Para el TC “[..]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.”³⁶

4.3 El Artículo 11 Inc. 1º y las restricciones a los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Como se indicó, el TC declaró como inconstitucional aquella sección del Inc. 1º del Artículo 11 y que disponía que “las limitaciones a los derechos de un niño o adolescente deben interpretarse siempre de modo restrictivo”. Nuevamente, sorprende el razonamiento del TC. Sorprende, porque el mismo Tribunal ha sido especialmente celoso a la hora de determinar los criterios que el Legislador debe observar a la hora de establecer una limitación a algún derecho fundamental (sin distinguir de que derecho se esté hablando). En este sentido, y como parte de su -correcta- jurisprudencia, el TC ha afirmado que:

“[...] si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes.”³⁷

Sin embargo, la lógica desarrollada por el TC en el caso bajo análisis sugiere que, a diferencia de lo que ocurre respecto a cualquier restricción a los derechos fundamentales en general, las restricciones a los derechos de las niñas, niños y adolescentes se sujetan a un régimen menos restrictivo de interpretación. En otras palabras, para el TC mientras la Constitución es celosa de cualquier restricción a los derechos fundamentales -estableciendo a esos efectos, reglas estrictas para

³⁶ Ibid., Considerando 21.

³⁷ Doctrina del Tribunal Constitucional que puede encontrarse expuesta, entre otros, en el considerando 15º de la sentencia de 26 de diciembre de 2006, en la causa Rol Nº 541, reiterada en la de 22 de julio de 2008; Rol Nº 1046, en la sentencia de 28 de agosto de 2008; Rol Nº 1061, y en la de 27 de enero de 2009, Rol Nº 1253, entre otras.

proceder a su limitación- dicha umbral de protección no es aplicable a las niñas, niños y adolescentes.

En esta tesitura, los derechos fundamentales de los adultos, incluidos sus derechos de autonomía, serían intereses de la más alta importancia y cuya restricción debe siempre estar sujeta a reglas estrictas de interpretación. En particular, cualquier restricción a los derechos fundamentales de los adultos estaría sujeta al principio de proporcionalidad, consistente en cuatro reglas, cuya respectiva aplicación implica la verificación de etapas muy precisas: a) verificar si el acto que restringe el derecho persigue un fin legítimo, b) confirmar si el acto es adecuado para alcanzar dicho fin (idoneidad), c) asegurar que el acto lesiona el derecho de la forma más mínima (necesidad) y; examinar si el acto representa una ganancia neta cuando la restricción de la satisfacción de los derechos se pondera con el nivel de satisfacción del fin (ponderación).³⁸ Tratándose de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en cambio, la sentencia del TC sugiere que tales derechos pueden estar sujetos a restricciones o limitaciones que no se sujeten a estándares estrictos de legitimidad constitucional. Bastaría entonces que la ley limite el ejercicio de la autonomía de niñas, niños y adolescentes, sin que fuese necesario un juicio de razonabilidad, conducencia y proporcionalidad en sentido estricto, criterios hermenéuticos que garantizan, en la práctica, una interpretación restrictiva a toda limitación a un derecho fundamental. Se trata de una interpretación sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes y sus restricciones, que desconoce el más esencial de los sentidos asociados al valor de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional y Democrático de Derechos.

4.4 El Artículo 11 Inc. 2º y el respeto por la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes

Lamentablemente, el anterior no es el único error en el que incurre la sentencia de mayoría respecto al Artículo 11. Como se ha indicado, el TC estima que del reconocimiento del desarrollo progresivo de la autonomía en niñas, niños y adolescentes no se derivan consecuencias jurídicas específicas respecto a posibles limitaciones en el ámbito de las funciones de dirección y orientación de los adultos responsables. En particular, el TC considera que la frase “requerir menor dirección y orientación” (Inc. 2º) de tales adultos, denota una “concepción adversarial

38 Klatt M. & Mesister M., *La estructura del principio de proporcionalidad*, trad. y estudio preliminar de Héctor A. Morales Zúñiga, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2021, pp. 56- 61. Ver, también, Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017, pp. 51-55.

de la relación educativa”, incapaz de “conciliar el principio de autonomía progresiva con el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos”. Pero ¿Es ésta una interpretación adecuada de lo dispuesto por el Proyecto de Ley? No lo es.

Es evidente que, dado que las niñas, niños y adolescentes poseen un interés en decidir o escoger sus preferencias en la medida que desarrollan una habilidad específica para adoptar tales decisiones³⁹, los progenitores y otros adultos responsables juegan un rol fundamental en dicho proceso de maduración progresiva. En este sentido, los adultos responsables son reconocidos por la ley como aquellas personas que tienen el “privilegio” de ejercer las funciones parentales esenciales: guiar y orientar a los niños(as).⁴⁰ Para el debido cumplimiento de tales deberes, es razonable esperar que la ley reconozca a esos adultos ciertos privilegios (como el derecho de educar preferentemente a las y los hijos) que permiten ejecutar tales cuidados.⁴¹ Esto es lógico: si existen deberes tan importantes para determinados adultos, el Estado debe garantizar la posibilidad efectiva de cumplirlos, lo que incluye respetar la idea de que son esos adultos (no el estado o terceros) los llamados *preferentemente* a criar y guiar a los hijos e hijas.⁴² Hasta ahí, todo bien.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, el intérprete constitucional debe ser capaz de distinguir entre aquello que constituye un interés propio de un adulto responsable, de aquello que conforma un interés específico de una niña o un niño bajo el cuidado y la responsabilidad de dicho adulto. En particular, cuando nos encontramos frente a una niña, niño o adolescente que ha conseguido un cierto de nivel de competencia para escoger –de forma mínimamente sabia⁴³– entre distintas opciones. Como indicó Lord Scarman en su ya famoso comentario en el caso Gillick:

39 Brennan, S., “Children’s Choices or Children’s Interests: Which Do Their Rights Protect?”, en Archard, D. y Macleod, M., *The Moral and Political Status of Children*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 53-69.

40 *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

41 Eekelaar, John, “Rethinking Parental Responsibility”, *Family Law* 31, 2001, pp. 426

42 Millum, Joseph, *The Moral Foundations of Parenthood*, Oxford University Press, New York, 2018, pp. 46-77 y; Eekelaar, John, “Parental responsibility: state of nature or nature of the state?”, *Journal of Social Welfare and the Family* 13, 1991, pp. 37-5.

43 Por “sabia” me refiero a un nivel mínimo de condiciones que permitan advertir que nos encontramos frente a un sujeto que puede adoptar decisiones relevantes, en materias igualmente importantes. No, en cambio, que una niña, un niño o un adolescente deba justificar que la decisión adoptada es “correcta” o “no equivocada”. En este sentido, Fortin, Jane, “The Gillick Decision – Not Just a High-water Mark”, en Gilmore, S., Herring, J. et al. (coords.), *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, 2011, pp. 206-207.

[...] los derechos parentales se rinden frente al derecho del niño a tomar sus propias decisiones cuando alcanza la suficiente comprensión e inteligencia para ser capaz de formarse una propia opinión respecto a la materia que requiere decisión.⁴⁴ [...] Será una materia de hecho determinar si es que el niño que busca consejo posee la suficiente comprensión sobre aquello que implica proveer de un consentimiento válido para la ley.⁴⁵

Esta idea sobre la autonomía de niñas, niños o adolescentes puede ser entendida como una “perspectiva del desarrollo progresivo de la niñez”.⁴⁶ En ella, cuando una niña, un niño o un adolescente ha arribado a un cierto estadio de competencia o capacidad para adoptar una decisión sobre algo que le afecta, no existiría espacio para imponer una decisión contraria. Incluso si la visión contraria resulta, desde la perspectiva de quien la adopta, más beneficiosa para el bienestar de esa niña, niño o adolescente.⁴⁷ Y este, precisamente el sentido que el TC podría haberle dado a la utilización del verbo “requerir” en el Inc. 2° del Artículo 11 del Proyecto de Ley. Esto es, que con la expresión “requerir”, lo que el Legislador buscaba era garantizar el respeto por el desarrollo progresivo de la autonomía en niñas, niños y adolescentes. El TC, sin embargo, vuelve a incurrir en el error de asociar reconocimiento y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, con la subversión del orden natural doméstico o familiar.

Como ya hemos dicho a propósito del rol que los derechos juegan al interior de un esquema más amplio -ético, no jurídico- del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, no se trata de reemplazar los cuidados y la responsabilidad por los derechos. Tampoco se trata de reemplazar las funciones de guía y orientación preferente de los progenitores, por el acceso a la justicia de sus hijas e hijos.

44 [Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA and another [1986] AC 112, HL = (1985) 3 WLR 830, 1 AC 112, 186D.

45 *Ibid.*, 1 AC 112, 188-89 y; *R (Axon) v Secretary of State for Health and the Family Planning Association*, [2006] EWHC 37 (Admin.); [2006] QB 539, párrafos 129-130.

46 Bridgeman, Joe, “Embodying our hopes and fears?”, en Bridgeman, J. y Monk, D., (coords.), *Feminist Perspectives on Child Law*, London, Cavendish Publishing, 2000, pp. 207-226.

47 Este principio general no es incompatible con una justificación excepcional de paternalismo liberal. Ejemplos de estas restricciones basadas en un paternalismo liberal respecto de niñas, niños o adolescentes que, a pesar de ser considerados como “competentes”, podrían estar constreñidos en sus cursos de acción, las encontramos, por ejemplo, en la prohibición de matrimonio en menores de edad, la edad mínima de consentimiento sexual, las restricciones a la celebración de ciertos instrumentos públicos como el testamento o la prohibición de consumo de material pornográfico, entre otros. Cfr. Eekelaar, John, “Rights Children Should Not Have”, en Douglas, G., Murch, M. et al. (coords.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 53-63. Se trataría, en mi opinión, de circunstancias excepcionales, sujetas a criterios específicos de aplicación y, en todo caso, sujetas a revisión de su constitucionalidad. Cfr., Espejo Yaksic, N., “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, en *Curso de Derechos Humanos*, Ibarra Olguín, Ana María (Ed.) Editorial lo Blanch, Ciudad de México, México, 2022, pp. 627-632.

Esa caricatura, espléndidamente dibujada por el TC bajo la idea de una “juridificación adversarial” de las relaciones familiares- reduce un debate serio en torno a la autonomía progresiva, por un lado, y el fundamental rol de los adultos responsables, por el otro. Una excesiva juridificación de las relaciones familiares, en general, y de las relaciones entre progenitores e hijas e hijos, en particular puede, en efecto, distorsionar las bases no legales de relaciones fundadas en expectativas de reconocimiento en base al amor. Pero esta no es ni la cuestión dogmática que se debatía en este caso, ni una consecuencia necesaria o lógica que se derive del respeto por la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. Requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales, a medida que las niñas, niños y adolescentes van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras, no es equivalente a “sustituir el 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”. Es, más bien, reconocer que el ejercicio de la responsabilidad no solo se “deriva” de los intereses superiores de las niñas, niños y adolescentes, sino que, también, se “limita” por esos mismos derechos.⁴⁸

4.5 El Artículo 31 Inc. 4º y 5º y el derecho de reunión y manifestación pacífica de las niñas, niños y adolescentes

El TC declaró como inconstitucional el derecho de niñas, niños y adolescentes a tomar parte en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas convocadas conforme a la ley y a promover y convocar reuniones y/o manifestaciones públicas de conformidad a la ley, por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren. Es decir, en determinados casos -no todos, aunque eso parece importarle poco al TC- las niñas, niños y adolescentes podrían participar en y promover y convocar este tipo de actos, sin necesidad de autorización por parte de sus adultos responsables. Para el TC “[...] 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.”⁴⁹ Con una simpleza argumental sorprendente, el TC se limita a reiterar que el Estado no podría regular

48 Espejo Yaksic, Nicolás, “From *patria potestas* to parental responsibility: Trajectories of a concept”, en *Family Matters – Essays in Honour of John Eekelaar*, Jens M. Scherpe & Stephen Gilmore (Eds.), Intersentia, Cambridge, 2022, pp. 623-636.

49 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021, Considerando 23. El destacado es mío.

jurídicamente un espacio fundamentalmente libre de interferencias. En virtud de ello, no cabría amparar constitucionalmente los derechos de participación de las niñas, niños y adolescentes, frente a la tutela parental.

La debilidad dogmática de este argumento está a la vista. En primer lugar, al indicar que el espacio familiar es un espacio *fundamentalmente* libre de regulación jurídica, el TC no explica, por ejemplo, por qué la tutela de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes no podría constituir, precisamente, una de las hipótesis justificadas de regulación jurídica por parte del Estado. Lo cierto es que el derecho de reunión y el derecho a manifestarse pacíficamente constituyen una dimensión básica de los intereses de autonomía o agencia en niñas, niños y adolescentes, a la vez que garantías fundamentales en sistema constitucional y democrático de derecho. El hecho de que algunos adultos ejerzan autoridad sobre sus pupilos no habilita, en caso alguno, a anular las mínimas manifestaciones de la agencia política de niñas, niños y adolescentes, sobre todo, cuando ellas se reconocen en conformidad con la ley. En tanto vayan madurando y adquiriendo mayor conciencia y conocimientos, serán las niñas y los niños, sobre todo las y los adolescentes, quienes ejerzan el derecho a las libertades de asociación, reunión y manifestación pacífica y no así sus padres. Ello, dado que la intensidad de las interferencias parentales ha de disminuir progresivamente al tiempo que la niña, niño o adolescente adquiere un papel cada vez más activo en el ejercicio de su capacidad electiva, hasta transitar a la edad adulta.⁵⁰

En segundo lugar, la sentencia dictada por el TC confunde dos cuestiones distintas. De un lado, las normas y criterios que regulan el ejercicio de la capacidad jurídica en el Derecho Privado y, de otro, los principios, normas y criterios que permiten definir la naturaleza y el ejercicio de la ciudadanía constitucional.⁵¹ Mientras pueden existir razones para permitir la representación, por parte de los adultos responsables, del ejercicio de derechos patrimoniales y personales de las niñas, niños y adolescentes que carecen de la debida competencia para ejercerlos por sí mismos, dicha representación no es procedente respecto de derechos fundamentales y que pueden ser ejercidos directamente por niñas, niños y adolescentes competentes. Preocupado de limitar la agencia política, el TC desperdicia la oportunidad de advertir como una concepción progresiva o dinámica sobre

50 En este sentido, por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Segunda Sala, *Amparo en Revisión 800/2017*, pp. 99-100; Corte Suprema de Chile, *Rol N° 1740-2009*, 23 de abril de 2009 y *Rol N° 1.683-2011*, 4 de enero de 2011.

51 Lovera, Domingo, “El camino constituyente de los pingüinos. Ensayo y aprendizaje”, en Lorca Rocío *et al.* (coords.), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución*, Chile, La Pollera, 2020, pp. 147-162.

la autonomía en niñas, niños y adolescentes no debe ser vista -principalmente- como una oportunidad para “restringir” las decisiones de estos sino, también, para “promoverlas”. En la medida en que a las niñas, los niños y los adolescentes se les garantiza mayores y mejores niveles de *capacidad para funcionar*⁵², es probable que su campo de acción para la toma de decisiones se amplíe y con ello, su propio sentido de la responsabilidad.

Finalmente, el TC pasa por alto no sólo lo que ya se ha indicado respecto a la forma en que el Derecho contemporáneo reconoce -a la vez que limita- los derechos parentales en función del respeto y satisfacción de los intereses (derechos) de las niñas, niños y adolescentes. El TC, sin más, decide no considerar -ni menos adjudicar- los derechos de participación de las niñas, niños y adolescentes. Derechos que, a pesar de las preferencias ideológicas del voto de mayoría del Tribunal, se encuentran reconocidos por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵³ y que, conforme a la propia doctrina del TC, ameritan una debida consideración, en virtud de lo dispuesto por el Inc. 2º del Artículo 5 de la Constitución.⁵⁴

4.6 El Artículo 41 Inc. 4º y el derecho a la educación sexual y afectiva integral “laica y no sexista”

El TC también estimó declarar como inconstitucional, la referencia al carácter “laico y no sexista” de la educación sexual y afectiva integral para niñas, niños y adolescentes. El TC estimó que los efectos de esta disposición tornaban a la norma en una orgánica constitucional y que, al no haber sido aprobado por quorum de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, dicha frase debía ser suprimida del texto de la ley.⁵⁵ Al realizar su análisis sobre el efecto de la frase impugnada, el TC consideró que “la disposición impugnada mandata al Estado a garantizar una determinada forma de proveer educación sexual y afectiva integral. No cualquiera.” Con

52 Sen, Amartya, *Inequality Re-examined*, England, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 19-21, 26-30, 37-38.

53 El derecho a la participación ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU como principio general de la CDN, junto con el derecho a la no discriminación (art. 2), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6), y el principio del interés superior del niño (art. 3). Es un derecho complejo que se conforma en base a una serie de derechos específicos reconocidos por la CDN, tales como: el derecho a ser oído y tomado en cuenta (Art. 12); el derecho a la libertad de expresión (Art. 13); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 14) y; el derecho a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (Art. 15). Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, *Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 20 de julio de 2009.

54 Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2387, 23 de enero de 2013, Considerando 12.

55 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021, Considerandos 36 y 38.

ello “[...] 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.”⁵⁶ Más específicamente, el TC afirmó que “[...] 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.”⁵⁷

En este punto, estimo que el TC también equivoca su decisión. La garantía del derecho a la salud y la educación integral de las niñas, niños y adolescentes está fuertemente condicionada por el entorno social. Ello incluye las actitudes y actividades de los contextos inmediatos de las niñas, niños y adolescentes, tales como la familia, los pares, las escuelas, las comunidades y la sociedad en su conjunto.⁵⁸ En particular, la existencia de patrones culturales -asociados a la subordinación, dominación, explotación o marginalización de un sexo por sobre otro- evidentemente limita y afecta la posibilidad de desarrollo integral de todas las niñas, niños y adolescentes, en un pie de igualdad.⁵⁹ En este orden de cosas, una educación sexual y afectiva integral y “no sexista” busca un fin constitucionalmente válido, conducente a modificar patrones sociales de conducta que justifican, validan o perpetúan prácticas con graves y directos efectos en la seguridad sexual de las niñas y adolescentes, a la vez que habilita, para todas las niñas, niños y adolescentes, su desarrollo sexual y afectivo integral. La precisión del carácter “no sexista” de este tipo específico de educación resulta, a la vez, estrictamente proporcional, puesto que no anula el derecho de los progenitores a escoger libremente la educación de sus hijas e hijos, sino que se limita a garantizar, en cuanto mínimo, las condiciones esenciales que habilitan el logro de los propósitos generales la educación⁶⁰ y la protección frente a toda forma de violencia contra las niñas y las

56 Ibid., Considerando 25.

57 Ibid., Considerando 28.

58 UNESCO, *Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia. Versión revisada*, París, Francia, 2018.

59 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 2004.

60 Comité de Derechos del Niño de la ONU, *Observación General N° 1, Párrafo 1 del Artículo 29: Propósitos de la Educación (2001)*, CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001.

adolescentes.⁶¹ Afirmar, como lo hace el TC, que una educación sexual y afectiva integral “no sexista” no busca la “entrega de una educación plural” es desconocer los supuestos básicos de este tipo de educación: una cuyo objetivo (integrado o comprensivo) es fortalecer el desarrollo personal, formando individuos que sean capaces de ejercer sus derechos en diferentes ámbitos, particularmente en temas relacionados a sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos, con independencia del sistema de valores personales a los que se adhiera.⁶²

A su vez, y en relación con el carácter “laico” del derecho a la educación sexual y afectiva integral, resulta necesario entender dicha frase en el contexto más amplio del Proyecto de Ley. El TC objeta esta sección específica del Artículo 41 como si de ella se derivase una suerte imposición a progenitores con convicciones religiosas, de verse forzados a ver como sus hijas e hijos reciben un tipo de educación que se aleja de las preferencias educativas de esos adultos. Curiosa manera de interpretar los derechos. De un lado, el TC no dedica un solo pasaje de su análisis en esta materia a interpretar como dicha frase podría afectar los derechos de las niñas, niños y adolescentes al pluralismo educativo. No los de los adultos. De otro lado, el TC no repara -o evita advertir- es que el Artículo 41 Inc. 4º refiere a una dimensión muy específica o particular del derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes: la educación sexual y afectiva integral. No, en cambio, a la educación general. En otras palabras, la cuestión normativa central en este punto no es si los progenitores pueden o no escoger la educación de sus hijas e hijos y transmitirles los valores que estimen pertinentes, cosa que el Proyecto de Ley asegura. El punto neurálgico acá es, en cambio, saber que quiere decir la expresión “laica” al interior de la frase “educación sexual y afectiva integral”. Leída en el marco del Proyecto de Ley en su conjunto, dicha frase debe ser entendida como la transmisión de contenidos, habilidades y competencias comunes e universales -con independencia de los demás contenidos y valores que puedan transmitirse en la escuela o el hogar- para que las niñas, niños y adolescentes vean garantizados sus derechos a una sexualidad y afectividad integral.

61 Comité de Derechos del Niño de la ONU, *Observación General N°13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* (2011), CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

62 UNESCO, *Educación Integral de la Sexualidad: Conceptos, Enfoques y Competencias*, Santiago de Chile, 2014, p. 37.