

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

NIÑO, ADOLESCENTE Y DERECHOS CONSTITUCIONALES: DE LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA*

DOMINGO A. LOVERA PARMO**

con la colaboración de **ALBERTO CODDOU MC MANUS*****

*"It's always been on my list to go away on holiday,
and forget about things at home".*

Hannah Jones¹

1. Introducción

Hacia fines de 2008 la atención mundial se centraba en los alcances de la decisión de Hannah Jones (13 años), quien rehusó un trasplante de corazón que podría salvar su vida. La niña, agotada de los tratamientos, y apoyada por sus padres, dijo querer evitar "los traumas asociados a los hospitales con los que he vivido hasta ahora", prefiriendo volver a casa a morir tranquila, con sus padres, sus dos hermanas y su hermano menor.² El Herefordshire Primary Care Trust —hospital en el que se desarrollaba su atención—, sin embargo, decidió presentar una solicitud para privar a los padres de la custodia de Hannah. Argumentaron que los padres estaban obstaculizando su tratamiento médico, lo que causaría en última instancia la muerte de la niña. Notas de prensa indican que bastó una hora de conversación entre Hannah y el oficial inglés de las oficinas de protección de infancia para que éste se "convenciera que debían abandonar la acción judicial".³ El Hospital abandonó el caso ante la *High Court* y, desde entonces, los medios de comunicación han insistido en el hecho de que una niña de 13 años ha ganado en las cortes su derecho a morir con dignidad.⁴ Las críticas no se han hecho esperar y, como suele ocurrir, pocas veces se ha puesto la atención en la niña. Fernando Montes, por ejemplo, restó mérito a la decisión de Hannah:

"No es normal que a su edad [una niña] opte por renunciar a la vida, a no ser que tenga problemas familiares, de que está sufriendo mucho y que por eso prefiera no vivir. A esa

* Este artículo fue escrito en el marco de un proyecto de investigación financiado por UNICEF/CHILE y ejecutado por los autores entre el segundo semestre de 2008 y el primer semestre de 2009.

** Lic. en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), Abogado (2003), LL.M. Columbia University (2007). Investigador asociado, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Universidad Diego Portales y Universidad Adolfo Ibáñez.

*** Lic. en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2009), Abogado (2009), Postítulo en Estudios de la Argumentación, Universidad Diego Portales (2009).

¹ *Teenager who won right to die: 'I have had too much trauma'*, THE GUARDIAN, 11 noviembre, 2008.

² Patrick Barkham, *Hannah's Choice*, THE GUARDIAN, 12 noviembre, 2008.

³ *Id.*

⁴ *Adolescente con leucemia ganó derecho a morir*, LA TERCERA, 11 noviembre, 2008.

edad los niños luchan por la vida y rechazan la muerte. Hannah optó por un camino diferente. ¿Por qué? ¿Hay algo más? Temo que su enfermedad no sea un problema cardíaco, sino una enfermedad al corazón. Es decir, temo que tenga una pena interior muy grande que no conozcamos”.⁵

En Chile se conoció de un caso similar en abril de 2009. Una madre rechaza continuar el tratamiento médico para combatir la leucemia de su hijo de 11 años. Prefiere, dice, tratarlo bajo las reglas de la medicina alternativa. Los médicos tratantes, quienes informaron de la situación, aseguraron que el niño no podría sobrevivir mucho tiempo más de no seguir bajo el tratamiento de quimioterapia —al que se había sujetado hasta hace poco tiempo atrás. Hasta ahí el caso es, digamos, de aquellos no sencillos, pero donde existe una buena batería de argumentos para obligar (judicialmente) a la madre a continuar el tratamiento tradicional.⁶ Esto, hasta que los medios de comunicación muestran al niño declarando no querer seguir la quimioterapia pues lo dejaba sin ánimo, sin energías, no pudiendo comer nada pues todo lo vomitaba después de las sesiones.⁷ Junto a lo anterior, debía enfrentarse a la traumática experiencia —similar al del caso de Hannah— de tener que volver al hospital donde varios de sus amigos (otros pacientes) habían muerto.⁸ Los médicos del Hospital Clínico Regional de Valdivia reaccionaron al igual que los médicos tratantes de Hannah, presentando una solicitud de medidas de protección a favor del niño. Pese a las declaraciones judiciales del niño, los médicos tratantes perseveraron en la acción y, a diferencia del caso inglés, acá la historia prosigue con una orden del Tribunal de Familia de Valdivia accediendo a la petición del Hospital.⁹

El tipo de discusiones que surgen con los episodios como los que acabamos de relatar indudablemente involucran aspectos morales. Es fácil que el centro de la atención se ponga en la dimensión moral del debate, por ejemplo, sobre la propiedad de la vida o la relación padre e hijos, y por lo mismo es sencillo perder de vista otro aspecto que acá queremos destacar: los derechos de los niños involucrados en esas decisiones. En Chile hemos sabido de este tipo de discusiones y, de la misma forma, hemos hecho caso omiso a los derechos (e intereses) de los niños involucrados.¹⁰

El objetivo de este trabajo es más modesto que sugerir la altura moral de la comunidad chilena para debatir de (y con) los niños, niñas y adolescentes. Este trabajo busca indagar

⁵ Hannah Jones: “Opté por una vida más corta, pero en casa”, *QUÉ PASA*, 22 noviembre, 2008.

⁶ Desde luego que el hecho que el caso se tome más complejo depende de una perspectiva que asume que los niños, niñas y adolescentes tienen —como Hannah— “algo” que decir respecto de la decisión sobre someterse (o no) a un tratamiento médico. En Chile, veremos, la perspectiva que nuestros tribunales han asumido respecto del derecho a la vida hace que este tipo de decisiones (y manifestaciones de voluntad) sea irrelevante incluso en el caso de los adultos —incluso, decimos, porque en ese caso pocos negaríamos que existe una autonomía de la voluntad.

⁷ *Madre es obligada por un tribunal a someter a su hijo a quimioterapia*, *EL MERCURIO*, 10 abril, 2009.

⁸ *Madre no quiere tratamiento de quimioterapia*, *EL DIARIO AUSTRAL*, 11 abril, 2009.

⁹ *Madre es obligada... supra nota 7.*

¹⁰ Este fue el tono de los debates en torno a la posibilidad de otorgar consejería técnica en materia de anticoncepción de emergencia a adolescentes de 14 años. MINISTERIO DE SALUD DE CHILE, Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad, DS No 48 (03.02.2007).

sobre la altura de las decisiones judiciales relativas a los derechos de niños, niñas y adolescentes.¹¹ La altura ideal, a estos efectos, viene marcada —aunque no limitada— por la Convención sobre los Derechos del Niño,¹² la que nos proveerá de los estándares conforme a los cuales cotejaremos las decisiones nacionales¹³ y las interpretaciones constitucionales de nuestros tribunales. No sólo habrá referencia a las decisiones, las palabras de los jueces,¹⁴ sino también a las disposiciones constitucionales y legales pertinentes. Esta información debiera encaminarnos a definir el perfil constitucional de niños, niñas y adolescentes en Chile, en tanto personas libres e iguales.¹⁵ En efecto, en muchos de los casos que a continuación se revisan está en juego la aplicación (y vigencia) de derechos constitucionales como la libertad de expresión, la libertad de culto, la vida privada y la no discriminación. El ejercicio que ahora se emprende no sólo es relevante porque nos permitirá determinar dicho perfil, sino que es necesario, además, porque nuestros jueces son responsables interpretando la Constitución, debiendo ser sometidos al escrutinio de una comunidad.¹⁶

Para alcanzar el objetivo trazado el plan es el siguiente. En la sección que sigue inmediatamente (2) avanzaremos algunas ideas relativas a la relación que existe entre titularidad de derechos, de una parte, y ejercicio autónomo, de otra, prestando atención a la forma en que otros países han encarado decisiones a este respecto. Esta revisión servirá, sobre todo, para tener alguna idea sobre cómo se recoge la Convención en otras latitudes y —para insistir en la idea— para mirar la altura que alcanzan los niños y niñas de otros países. La sección siguiente (3) está destinada al análisis del caso chileno. Para ello hemos dividido las decisiones a analizar en dos grupos distintos, dependiendo de la *sede* en que han sido decididas. La primera *sede* bajo estudio es la del Tribunal Constitucional. Si bien el Tribunal ha tenido escasas ocasiones para pronunciarse sobre la Convención y sobre los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, las veces que se ha aventurado en la tarea no lo ha hecho de la mejor forma. La segunda *sede* bajo estudio es la jurisdicción de protección. Conscientes de la enorme (y diversa) cantidad de casos (y situaciones) que se deciden en cortes de apelaciones y Corte Suprema, hemos escogido los casos más paradigmáticos y problemáticos. La ausencia de una práctica constitucional consistente a este respecto hace que la tarea de identificar patrones más o menos constantes en las decisiones sea muy difícil. La última sección (4) se reserva para algunas conclusiones.

¹¹ El juego de palabras lo he tomado de OSVALDO TORRES Y SOLEDAD SALAZAR, *LA ESTATURA DEL DERECHO: IGUALDAD, PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y PERCEPCIÓN DE LOS MEDIOS EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CHILENOS* (2006).

¹² Convención sobre los Derechos del Niño, Res. 44/25 20 Nov., 1989 (en vigor desde 2 de septiembre, 1990) (en adelante “la Convención” o “CDN”).

¹³ Además de la Convención, se atenderá a las decisiones de los órganos de los tratados relevantes al respecto.

¹⁴ Domingo Lovera, *Razonamiento Judicial y Derechos del Niño: de ventrilocuos y marionetas*, en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, N° 10, UNICEF, Santiago, pp. 45, 46 (2008).

¹⁵ El artículo 1° de la Constitución chilena dispone que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. CONSTITUCIÓN DE CHILE (2005).

¹⁶ Jorge Contesse, *Responsabilidad por la interpretación constitucional*, en DERECHO Y HUMANIDADES, N° 11, Universidad de Chile, Santiago, p. 281 (2005).

2. Derecho internacional y derecho comparado: autonomía sobre derechos constitucionales

Se ha insistido hasta el cansancio en que la entrada en vigencia de la Convención produjo un fuerte cambio de paradigma en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En el contexto de la Convención, los niños dejan de ser objetos de política, regulación y protección, para pasar a convertirse en sujetos de derecho.¹⁷ Nuestras comunidades reconocen e integran a los niños y niñas como sujetos autónomos capaces de formarse su propia opinión, de manifestarla, y de ser tomados en serio. Y esa nueva condición impacta la labor de jueces y juezas decidiendo casos y adoptando “medidas concernientes a los niños” —para recuperar el lenguaje del artículo 3.1 de la CDN. El cambio, se dijo, venía motivado por el reconocimiento del interés superior del niño como piedra angular de las decisiones relativas a niños, niñas y adolescentes:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1).¹⁸

Desde luego que, así descrito, el interés superior del niño presenta escasos límites a la discrecionalidad decisional de jueces y demás autoridades públicas. Una de las primeras críticas que se formuló en contra del principio fue la extensión que abría a la arbitrariedad de la autoridad, pues prácticamente cualquier decisión podía terminar justificándose en el interés de los niños y adolescentes involucrados, cuestión particularmente cierta en el continente.¹⁹ Lo que vamos a proponer acá es que el cambio es cualitativo cuando se lo entiende en dos niveles o escalas: sobre la titularidad de derechos constitucionales, de un lado, y sobre la autonomía que se construye a partir del ejercicio de esos derechos, de otro.

A. Titularidad de derechos constitucionales

Primero, niños, niñas y adolescentes pasan a ser titulares de derechos constitucionales, lo que no es poco. Digamos que, en este nuevo escenario, niños, niñas y adolescentes son considerados ciudadanos con derechos y miembros (potenciales, si se define por referencia exclusiva al voto) de la comunidad política. Las situaciones que comentaremos mirando al derecho comparado, así como las que, luego, revisaremos en Chile, tienen un

¹⁷ Michael D. Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, N° 3-4, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp. 251, 258 (2006).

¹⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 12.

¹⁹ Julio Cortés, *Acercas del principio del interés superior del niño*, en INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS: DISCURSO, REALIDAD Y PERSPECTIVAS, pp. 61, 64-70 (Corporación Opción ed., 2001).

hilo conductor común: ahí los niños y adolescentes son titulares de derechos que ellos mismos reclaman proteger, de modo de ir definiendo su propia personalidad, y de cuyo goce se encontraban privados bajo el supuesto de estar sujetos a un régimen especial de protección.²⁰ No es que antes no se protegiera su derecho a la vida. Sino que antes esa tutela descansaba exclusivamente en lo que el Estado y los jueces y los padres de esos niños y niñas opinaban que era una buena vida para ellos,²¹ pudiendo decirse que sus derechos se encontraban (solo) formalmente tutelados.²²

Por eso es que, en ese esquema, niños y niñas reclamando privacidad, libertad de expresión, o reclamando derecho a no someterse a ciertos tratamientos médicos y confidencialidad para consultar sobre métodos de anticoncepción, era impensable. Y por ello es que resulta importante insistir en que el cambio que introduce la Convención no sólo confirma la titularidad de los niños y adolescentes sobre sus derechos constitucionales,²³ sino que, además, y más importante, que ellos y ellas tienen un “rol protagónico [del que antes estaban privados] en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos”.²⁴ Lo mismo se aplica a bebés e infantes: la Convención extiende la titularidad de derechos a todos los niños, incluso en la etapa de infancia y preadolescencia. Así, el Comentario General No 7 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas dispone que “los niños pequeños son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención”. De la misma forma, los niños y adolescentes están sujetos a medidas especiales de protección por la especial condición (de desarrollo) en que se encuentran, de manera que puedan ejercer progresivamente sus derechos.²⁵

Por supuesto que este “nuevo” estatus del niño no sólo se evidencia con el reconocimiento de la titularidad de los derechos constitucionales de los cuales gozan las personas mayores de edad. Además —y en esto ha sido clave la CDN— el niño es titular privilegiado de ciertas prerrogativas de las cuales goza por su especial condición de desarrollo. Así, la Convención “reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas... [atribuyéndoles la

²⁰ Miguel Cillero, *De la Tutela a las Garantías: Consideraciones sobre el proceso penal la justicia de adolescentes*, en REVISTA DE DERECHO DEL NIÑO, N°2, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp. 53, 57 (2003).

²¹ La Corte Europea de Derechos Humanos, por caso, ha señalado que “en las consideraciones judiciales donde los derechos del artículo 8, de los padres y del niño, están comprometidos, los derechos del niño deben recibir la consideración superior. Si es necesaria cualquier ponderación de intereses, el interés del niño debe prevalecer”. *Yousef v The Netherlands* [2003] 1 FLR 210, ECtHR, reiterando recientemente el criterio en *Maire v. Portugal* [2004] 2 FLR 653.

²² En demanda, se entiende, en lo que se reclamaba al Tribunal. Esa demanda al tribunal, justificada en la violación o amenaza de un derecho constitucional, se construía —y, veremos, muchas veces se sigue construyendo— con referencia exclusiva a los intereses de padres, madres, asistentes sociales, psicólogos y jueces, pero no de los niños. Cuando la autonomía de una persona depende de la decisión de otro, razonada, pero de la decisión de un tercero al fin y al cabo, no puede decirse que uno esté bajo su propio control. JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT*, pp. 257-62 (1999).

²³ La Constitución chilena, por caso, siempre ha dispuesto que asegura derechos a “todas las personas ... que nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (arts. 19 y 1 de la C.).

²⁴ Jaime Couso, *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído*, en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, N° 3-4, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp.145, 148 (2006).

²⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No 7 “Implementing child rights in early childhood”*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 Sep., 2006, para. 3. Lo que el Comentario urge es la adopción de medias —legales, administrativas, judiciales e, incluso, culturales— que sean capaces de reconocer las diversas formas de comunicación que bebés e infantes son capaces de desarrollar, en tanto agentes sociales activos, sobre todo cuando esas formas de comunicación y participación sean ajenas a los patrones culturales y tradicionales dominantes (paras. 14-6). Lo que el comentario demanda, pues, es una apertura a formas no tradicionales de participación en la vida activa de una comunidad que, justamente por no ser tradicionales, se vuelven invisibles en medio del torbellino de los rasgos dominantes de nuestra sociedad. IRIS MARION YOUNG, *LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA DE LA DIFERENCIA* 103-5 (Silvina Álvarez trad., Ediciones Cátedra 2000) (1990).

titularidad para demandar] igual respeto y protección de los derechos”,²⁶ sin que se cree, justamente por lo anterior, un sistema jurídico autónomo del niño.²⁷ La especificación de los derechos generales, por denominarlos de alguna forma, a la particular circunstancia de la vida de niños, niñas y adolescentes, es sólo eso: una especificidad que su específica condición reclama.²⁸

B. Derechos como condición de autonomía

El reconocimiento de los derechos y la atribución de su titularidad a los niños es un importante primer paso pero, como sugiere Freeman, no el único.²⁹ En efecto, si la concretización del principio del interés superior del niño supone el solo reconocimiento de derechos constitucionales, entonces el principio es irrelevante para el derecho. Y es irrelevante porque el reconocimiento de la titularidad de derechos podría haberse alcanzado sin necesidad de hacer referencia al interés superior del niño, por ejemplo, extendiendo los derechos constitucionales a los niños en tanto personas.³⁰ Por eso es que el reconocimiento de derechos debe ser complementado por una teoría de la autonomía, que haga posible el ejercicio individual de aquéllos.³¹ No en vano la Convención ordena a los estados garantizar

²⁶ Miguel Cillero, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, N°9, UNICEF, Santiago, pp. 125, 130 (2007).

²⁷ *Id.*, p. 125 (“[L]os dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios—nunca sustitutivos—de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas...”).

²⁸ *Id.*, p. 130. Por ello es que los niños que se sometían a medidas de protección (i.e. privativas de libertad) sin disfrutar de las garantías del debido proceso eran doblemente afectados. Primero, no se les reconocían las garantías básicas de las que gozaba el adulto infractor y, de paso, era su propia condición o circunstancia especial de desarrollo la que justificaba (hoy sabemos que no lo hace) ese especial sistema. Véase, Julio Cortés, *La Ley de Menores y sus Problemas de Constitucionalidad*, en INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 19, pp. 100-5; Miguel Cillero y Martín Bemales, *Derechos Humanos de la Infancia/Adolescencia en la Justicia “Penal de Menores” en Chile: Evaluación y Perspectivas*, 1 REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO 10, 26-9 (2002); Jaime Couso, *Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena*, 10 REVISTA JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO 97, 102-5 (2008). En sentido similar, CORTE IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, Serie C. No 112, 2 Sep., 2004, para. 209 (“Esta Corte ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos, sobre debido proceso] se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado [derechos de protección para los niños], de tal forma que se refleje en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”) y la Corte Europea de Derechos Humanos, *ECHR, Nortier v Netherlands*, (Merits), Application No. 13924/88, 24 de Ago., 1993 (“[los] jóvenes enfrentando cargos criminales son titulares como los adultos de todos los beneficios que la Convención [Europea] establece para considerar que existe un juicio justo (...) las cuales deben entenderse en adición a todas las protecciones procedimentales disponibles para ellos). En la experiencia comparada se encuentran varios ejemplos similares, algunos con escasas referencias a la CDN (*In Re Gault*, 387 U.S. 1, 1967), otros que utilizan la CDN como estándar (Tribunal de Apelaciones de Familia 2º Turno Montevideo, *C.A.T.S., H.S.B.F., W.M.S. y G.M.S.*, 13 de febrero de 2002). En Chile, este es, al menos a nivel discursivo, el objetivo perseguido por la implementación de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (Ley 20.084, D. Of. 07.12.2005). Críticas aparte sobre su real propósito, se han conocido sentencias importantes en la línea que venimos acá mencionando. Corte Suprema, Rol No 2.300-09, 13 de Abril de 2009 (“[E]l núcleo de esta nueva normativa es consagrar un régimen menos riguroso respecto de los adolescentes infractores, que abarca desde el día de comisión del delito o desde que se ha dado principio a su ejecución, hasta el total cumplimiento de la sanción, limitando con su decisión la plena aplicación de sus disposiciones a situaciones expresamente regladas en la ley [y que salvaguardan al adolescente], lo que importa desconocer que su establecimiento lo ha sido en miras del interés superior del niño y de su plena integración social”).

²⁹ Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, *supra* nota 17, p. 258.

³⁰ Julio Cortés, *Acerca del principio del interés superior del niño*, *supra* nota 19, p. 71.

³¹ Michael Freeman agrega que “[u]na teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no sólo la igualdad [de dignidad y de derechos], sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes. Para decirlo de otra forma, la integridad moral de los niños se alcanza cuando les reconocemos derechos y sobre ellos configuramos su autonomía. Es decir, existe autonomía cuando, primero, les reconocemos el goce de derechos constitucionales y, segundo, cuando son ellos mismos, los niños, quienes deciden cómo ejercer esos derechos. Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, *supra* nota 17, pp. 251, 271.

“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”.³²

De ahí la insistencia de Freeman de contar con una teoría de la autonomía que complemente la atribución (o el reconocimiento, en clave *iustnaturalista*) de titularidad de derechos constitucionales, puntapié inicial de la configuración de la propia vida, al tiempo que limite la discrecionalidad de las autoridades que toman decisiones relativas a sus intereses, entre ellas jueces y juezas, por cierto.³³ Conceder titularidad sin autonomía de ejercicio, en otras palabras, nos vuelve a situar en el mismo punto de partida en que nos encontrábamos cuando los derechos no les eran reconocidos a los niños y adolescentes: nos hace correr el riesgo de terminar definiendo los contornos de esos derechos desde el punto de vista de los adultos (en muchos casos de los padres de niños involucrados). Si esto es así —y muchas veces, es así— las cortes van a sentirse tentadas, por buenas razones, a preguntarse si la defensa de un derecho constitucional que se enarbola a favor de, o cuya eficacia reclama, un niño, está *en verdad* en su favor o en el de sus padres —y veremos experiencias nacionales en este sentido.³⁴ Las cortes, en este esquema, pueden verse —y se han visto— tentadas a *diferir* el ejercicio de los derechos para la mayoría de edad, para evitar el riesgo de defender los valores de los padres fuertemente inculcados a sus hijos.

En un orden de cosas tal, por lo tanto, la definición de lo que se puede decir (libertad de expresión) o la decisión relativa a los tratamientos médicos a los que hay que someterse (autonomía y vida privada), no se aloja en el niño, sino en sus padres —y en su defecto, en el Estado. Es decir, las relaciones entre padres (o Estado) e hijos se desarrollan en la vida cotidiana familiar de una forma que refleja, hasta cierto punto, las relaciones sociales históricas e institucionales de una sociedad histórica determinada, “presentes en las metáforas del discurso público [*el Estado no conversa cuando se patean las mesas*, como dijo la Presidenta al comienzo de las movilizaciones estudiantiles], en los ritos nacionales, en los programas sociales [con mirada asistencial y de protección sobre niños], en las leyes [sin reconocimiento de derechos], en las prácticas judiciales [los oímos pero no los escuchamos] y policiales [los reportamos a los padres]...”³⁵

Quizás ahora puede entenderse mejor porqué el reconocimiento de derechos debe ser complementado con una teoría de la autonomía, como lo sugiere Freeman. El solo reconocimiento de derechos no asegura la autonomía, pero puede ser motor de cambio, o expresión del cambio que se produce en las relaciones históricamente situadas de

³² Artículo 12.1.

³³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 Ago., 2002, p. 595.

³⁴ Un ejemplo en el derecho comparado lo constituye la opinión disidente del juez Black —curiosamente un gran defensor de la libertad de expresión— en *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. pp. 503, 516 (1969).

³⁵ Ana Vergara, *La negociación de la infancia en la relación entre padres e hijos: vinculando ciencias sociales y vida cotidiana*, en *Niños y Jóvenes en el Chile de Hoy: Su Lugar en los Nuevos Contextos Familiares*, pp. 73, 81 (Ana Vergara y Paula Barros eds., 2008).

las 'clases' sociales de niños y adolescentes, de una parte, y de adultos, de otra. Esas relaciones, como hemos dicho, asignan deberes, pero reconocen, también, prerrogativas.³⁶ Si bien el reconocimiento de derechos no lo es todo, es relevante destacar que el mismo, muchas veces, esconde y dificulta la reestructuración de las relaciones jurídicas, ahogando los cambios que se verifican en lo que Vergara denomina las "relaciones cotidianas". Mientras éstas cambian, y vuelven a definir las relaciones entre las clases niños / adultos, las categorías formales del derecho se encargan de impedir que ese cambio social se manifieste en cambios formales de su estructura. Así se comprende que el interés superior del niño haya sido utilizado —y, veremos, se siga utilizando— como una herramienta de paternalismo:

C. Ni pura voluntad: progresividad

Con todo, resulta relevante destacar dos cuestiones finales. Ni la sola voluntad del niño decide los asuntos en que se definen sus intereses, ni todos los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un mismo nivel de desarrollo de su autonomía.

Primero, y según he sugerido en otro trabajo,³⁷ la intervención del niño no define el asunto sometido a conocimiento del juez, aunque sí es la consideración primordial que éste debe tener presente al decidir. Como ha señalado Freeman, es verdad que en ciertas ocasiones la irracionalidad de la decisión del niño debe ser considerada justamente para revocar o modificar la misma. Hay que lograr alcanzar el equilibrio entre permitir la manifestación de voluntad del niño, tomarla en serio, y cuidar que éste pueda desarrollarse hasta alcanzar la completa autonomía. Debemos abrir margen suficiente para que los niños se hagan responsables de sus propias decisiones, incluyendo los errores que de ellas se sigan, pero debemos evitar —al mismo tiempo— la irracionalidad en las mismas. Por supuesto que el criterio sigue siendo uno extremadamente amplio.

Freeman ha sugerido alguna solución: una decisión será manifiestamente irracional —y susceptible de ser revocada por un tribunal— cuando de aceptarse "socavaría futuras opciones de vida y dañaría intereses de modo irreversible".³⁸ El problema es que, siendo sencillo imaginar casos que puedan socavar las opciones futuras de vida (i.e. un niño rechazando un tratamiento médico crucial para mantenerse con vida), no es fácil ponerse de acuerdo sobre cuáles son los casos que pueden dañar de modo irreversible los intereses del niño (¿Dejar de asistir al colegio? ¿Dejar de comer buscando una mejor figura? ¿Dedicarse al fútbol, antes que al estudio profesional o técnico?). El mismo Freeman, de hecho, más recientemente, ha criticado el hecho de que los jueces y juezas

³⁶ En el escenario ideal, el derecho debiera operar como un "referente simbólico... posibilitando un diálogo genuino respecto al reconocimiento de los jóvenes como iguales". Ángela Boitano y María José Azócar, *¿Por qué es un problema social la vulneración de los derechos fundamentales de los adolescentes infractores de ley?*, en *Niñ@s y Jóvenes en el Chile de Hoy* 115, *supra* nota 35, p. 129.

³⁷ Lovera, *Razonamiento Judicial*, *supra* nota 14.

³⁸ Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, *supra* nota 17, p. 272.

cuestionen los deseos de los niños que manifiestan su disposición a no someterse a tratamientos médicos. En efecto, Freeman cita lo que es un estándar que, aplicado a los adultos, probablemente tampoco les permitiría rechazar tratamientos médicos cruciales para continuar con vida.³⁹

Segundo, no obstante los niños concurren como titulares de derechos constitucionales, ello no quiere decir que exista una esfera de autonomía completamente desarrollada o constituida en todos ellos. En el derecho comparado el criterio que se ha venido imponiendo es el de la *autonomía progresiva*, es decir, el criterio que asume que los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varían de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados.⁴⁰ A medida que avanza la edad de niños y adolescentes, por tanto, disminuye la esfera de control que tanto el Estado y los padres tienen sobre ellos, abriéndose el campo a decisiones libres. Ahora bien, se comprende que los criterios recién expuestos son amplios y deben observarse caso a caso. Y esto quiere decir que deben evitarse los acercamientos abstractos en que se postulan dos extremos: o el niño define todo con su voluntad, o su voluntad es completamente irrelevante. Rodrigo Barcia prefiere referirse al principio del “ejercicio progresivo de los derechos del menor”, apuntando, acertadamente, a la diferencia que existe entre el estatuto patrimonial de capacidades —regulado preferentemente en el Código Civil—, por una parte, y el ejercicio de derechos constitucionales, por otra.⁴¹ La terminología que utiliza Barcia, además, permite sugerir que lo que, digamos, aumenta progresivamente, es la autonomía de los niños en el ejercicio de sus derechos, pero no su protección.

Volvemos al problema planteado más arriba: ¿qué tipo de decisiones vamos a permitirles tomar a los niños y a las niñas que muestren un grado de comprensión y madurez suficiente como para hacerlos responsables de sus decisiones, incluidos los errores? ¿Les vamos a permitir morir, a cambio de satisfacer su decisión autónoma de no defraudar su credo? La atención que Freeman llama sobre criterios que él mismo ha propuesto antes estriba justamente en el hecho de que los casos que han seguido el desarrollo de los estándares de madurez y competencia decisional de los niños han comenzado a construir el interés superior del niño como una categoría que permite *corregir*, e incluso *derribar*, la decisión autónoma del niño. Incluso cuando les reconocemos autonomía y madurez suficiente como para tomar sus propias decisiones, el interés superior del niño construido con independencia de ese mismo reconocimiento (normalmente *desde fuera* de ellos) podrá, siempre, triunfar sobre la voluntad (madura, capaz y cabalmente comprendida) del niño.

³⁹ Michael Freeman, *Rethinking Gillick*, 13 INTERNATIONAL JOURNAL OF CHILDREN'S RIGHTS, pp. 201, 208 (2005).

⁴⁰ MALCOLM DODDS, FAMILY LAW 126 (Old Bailey Press : 2004).

⁴¹ Rodrigo Barcia, *Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después*, en REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO, N°7, pp. 137, 139-140 (2006).

D. Alguna experiencia comparada

¿Cómo impactan estas ideas la labor judicial y sus decisiones? En concreto, esto va a depender del caso específico. Sin embargo, la práctica nos ha mostrado que la respuesta judicial ha variado dependiendo de los distintos tipos de conflictos en los que se reclama la vigencia de los derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes. El derecho comparado nos enseña que los tribunales han debido resolver casos de conflictos entre el Estado, de una parte, y niños y sus padres, de otra. Asimismo, el desarrollo de las ideas acá reseñadas ha evidenciado una (en algunos casos, lenta) evolución en la configuración de la autonomía de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos constitucionales —previsto que el ordenamiento jurídico se los reconoce. Veremos que, en concreto, esa esfera de autonomía (el interés superior del niño) se construyó en sus inicios con referencia casi exclusiva al interés del Estado y, el personal, de los jueces, para luego identificar el mejor interés de los niños con referencia exclusiva a los intereses de los padres. Como hemos señalado, sin embargo, los casos más complejos son aquellos en que se transita desde la identificación de los intereses del niño con el de sus padres, a los intereses del niño configurados autónomamente.

i. En interés de los niños, sin los niños. En un comienzo, en línea con lo señalado en la sección anterior, los tribunales asumieron —junto con las políticas estatales— el rol de guardianes de los niños, configurando su interés desde fuera, esto es, desde lo que ellos pensaron iba en el mejor interés de los niños, pasando por el respeto (a veces absoluto) de las decisiones parentales, a intromisiones estatales para salvaguardar —en contra del interés de padres e hijos— algún supuesto interés superior. A diferencia de lo que ocurría con los adultos, a quienes no se los concebía sin las libertades de religión, culto y pensamiento, a los niños se les cuestiona su titularidad y, cuando se los reconoce, el objeto de protección se construye desde fuera de ellos. Esto ha ocurrido, particularmente, por el hecho de que varias otras disposiciones de instrumentos legales, constitucionales e internacionales se refieren —al igual que la propia Convención— al derecho que debe reconocerse a los padres para educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas.⁴²

Ejemplo de lo anterior es el caso de *Tropel*,⁴³ donde la Corte Suprema de los Estados Unidos debía pronunciarse sobre una ley del estado de Washington que permitía a “cualquier persona” solicitar judicialmente y “en cualquier momento” visitas, las que serían otorgadas si la corte consideraba que aquéllas podían servir al interés superior del niño.

⁴² Eva Brems, *Article 14. The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion, in A COMMENTARY ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD 1* (Alan A. et al. eds., Martin Nijhoff Publishers 2006).

⁴³ *Troxel et vir. V. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

En el caso concreto, la abuela de las niñas Troxel había solicitado las visitas, a pesar de la oposición de la madre de éstas. La Corte Suprema de Washington había declarado la inconstitucionalidad de la ley, pues se trataba de (a) una intromisión estatal impermissible en los derechos de los padres a educar a sus hijos de la forma en que mejor lo estimasen y (b) que el Estado no contaba con la facultad de decidir las visitas, aun reclamando tratarse de una “mejor decisión”.⁴⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la decisión, argumentando que la intromisión estatal violaba el derecho de los padres al debido proceso consagrado en la enmienda XIV, esto es, “la fuerte protección contra interferencias estatales en ciertas libertades y derechos fundamentales... incluido el derecho de los padres a tomar decisiones relativas al cuidado, custodia y control de sus hijos”.⁴⁵ La Corte sostuvo que el estatuto concedía demasiados poderes a los jueces quienes, por su sola apreciación, podían terminar configurando el interés superior del niño sin considerar la opinión de sus padres. La falta de consideración de la voluntad de los padres no es trivial cuando se trata del ejercicio de los derechos fundamentales, como era el derecho de los padres a decidir sobre el bienestar de sus hijos.

Lo curioso de la decisión, por cierto, es el hecho de que la Corte sugiere que el niño no es un mero objeto de política estatal, razón más que suficiente para que el Estado no tome preferencia en la configuración de su interés.⁴⁶ Luego de afirmar lo anterior, sin embargo, la Corte se refiere al interés preferente de los padres al decidir sobre el cuidado, interés y educación de sus hijos, sin referencia alguna a la opinión de estos al respecto.

En sentido similar la Corte decide *Wisconsin v. Yoder*,⁴⁷ donde la Corte Suprema debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes que imponían la obligatoriedad de educación después del octavo grado escolar (hasta los 16 años). La ley fue incumplida por un grupo de padres *amish* quienes reclamaron preferir la educación de sus hijos bajo los principios de su religión, antes que bajo un sistema obligatorio de educación.⁴⁸ En rigor, lo que la Corte argumentó no era que los estados no podían establecer sistemas educacionales obligatorios, sino que el interés del Estado por educar (incluso obligatoriamente) a los niños no quedaba al margen de poder ser —de ser el caso— balanceado con otros derechos fundamentales con los que puede colisionar.⁴⁹ En este caso, con la libertad de culto que consagra la primera enmienda.⁵⁰ Lo relevante es la forma en que la Corte configura la libertad de culto, en la que los niños aparecen, claramente, como un apéndice de la decisión de sus padres. En efecto, la Corte dispuso que la libertad de culto “incluía el tradicional interés de los padres por educar religiosamente a sus hijos... mientras los preparan para

44 *Id.*, p. 62.

45 *Id.*, p. 66.

46 *Id.*, p. 65.

47 406 U.S. 205 (1972).

48 *Id.*, p. 209.

49 *Id.*, p. 214 (“Thus, a State’s interest in universal education, however highly we rank it, is not totally free from a balancing process when it impinges on fundamental rights and interests ...”).

50 *Id.*

otras obligaciones”.⁵¹ En efecto, como ha señalado Burt al comentar este caso, la Corte configuró su decisión a partir de la libertad de culto de los padres y las prerrogativas de las que éstos gozan en la educación preferente de sus hijos, haciendo un flaco favor a los (no considerados) intereses de los niños.⁵²

Las prerrogativas de las que disfrutaban los padres en relación a sus hijos, entonces, les han permitido reclamar la protección de los derechos de aquéllos, sin su opinión y, además, las interpretaciones judiciales han dejado abierta la puerta a revocar esas decisiones parentales.⁵³

ii. En interés de los niños desde su autonomía. La obsesión de la Corte Suprema de los Estados Unidos con la evaluación de la legitimidad de la intervención estatal permite comprender que en *Yoder* se limite la autoridad del Estado “para intervenir en contra de los deseos de los padres, aun cuando tal intervención sea capaz de favorecer la autonomía del niño”.⁵⁴ Desde luego que *Yoder* puede no ser el mejor caso para llegar a la conclusión a la que arriba Burt, pues ahí tanto padres como hijos estaban de acuerdo. Y de hecho varios casos ingleses sugieren algo todavía más preocupante: padres e hijos pueden estar de acuerdo (i.e. en rechazar un tratamiento médico) y las cortes deciden, de todas formas, la facultad de definir el interés superior del niño —en el cual la opinión del niño es solo un elemento más. Quizás los casos más difíciles de analizar, en vistas del estándar que sugiere Burt, son aquellos en que los niños se levantan en contra de las decisiones de sus padres reclamando, en tribunales, titularidad y ejercicio autónomo de sus derechos.

Un primer paso en el sentido de reconocer derechos constitucionales autónomos a los niños lo encontramos en *Tinker*.⁵⁵ En él, la Corte Suprema reconoció a los niños involucrados (de 13, 15 y 16 años) la libertad de expresar su manifestación en contra de la invasión en Vietnam, llevando unas jinetas negras en sus brazos durante su asistencia al colegio, y pese a la prohibición de éste. La Corte argumentó que las facultades sancionatorias del establecimiento terminaban donde comenzaba el ejercicio de libertades fundamentales. Sostuvo que “difícilmente podría argumentarse que profesores y estudiantes se despojan de su libertad de expresión a la entrada del colegio”.⁵⁶ El

⁵¹ Id. Si bien más adelante la Corte se refiere a la libertad de culto de los niños, ésta aparece solo una vez que ya ha definido el derecho de los padres a educar a sus hijos sin interferencia del Estado (p. 215). Más clara es la referencia en las pp. 230-31 (“Contrary to the suggestion of the dissenting opinion of Mr. Justice Douglas, our holding today in no degree depends on the assertion of the religious interest of the child, as contrasted with that of the parents. It is the parents who are subject to prosecution here for failing to cause their children to attend school, and it is their right of free exercise, not that of their children, that must determine Wisconsin’s power to impose criminal penalties on the parent”).

⁵² Robert Burt, *Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños*, en DERECHO Y GRUPOS DESAVANTAJADOS, pp. 169, 170-1 (Roberto Gargarella coomp., Gedisa 1999).

⁵³ Tal es el caso en South Glamorgan, donde un tribunal del Reino Unido sostuvo que “[l]a ley nos faculta para que en un caso apropiado, habiendo considerado todas las circunstancias, incluidos los deseos del niño lo suficiente grande como para tomar sus propias decisiones, podamos, sin embargo, revocar esa decisión del niño, aun cuando ese niño sea competente, *South Glamorgan County Council v W y B*, 1 FLR 574 (1993).

⁵⁴ Burt, *Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños*, supra nota 52, p. 179.

⁵⁵ *Tinker*, supra, nota 34.

⁵⁶ Id., p. 506.

único estándar que permitiría a los establecimientos educacionales restringir la libertad de expresión de sus estudiantes, sería el interés de “evitar la interferencia material y substantiva con el trabajo educacional o la disciplina”, lo que una jineta negra en el brazo, parte de una manifestación silenciosa, no afectaba.⁵⁷

El segundo caso es *Gillick*.⁵⁸ En él, a diferencia de lo que ocurría en las situaciones antes descritas, la *House of Lords* del Reino Unido debía decidir el caso de padres contra la opinión de sus hijas. De conformidad a la Ley de Servicios Nacionales de Salud, de 1977, la Secretaría de Estado había considerado una obligación de los servicios de salud entregar asistencia y consejo médico anticonceptivo a las personas que así lo solicitaran, sin límite de edad para la consulta. El Departamento de Salud pronto emitió una circular señalando que, si los médicos recibían consultas de niñas menores de 16 años, debían atenderlas. El demandante, padre de 5 hijas bajo la edad de 16 años, buscaba que las autoridades locales de salud le aseguraran que ninguna de sus hijas recibiría consejo y tratamiento anticonceptivo sin que él no conociere de ese tratamiento y entregase su consentimiento al respecto. Una vez que las autoridades locales rechazaron una petición tal, el demandante presentó la acción contra el Departamento de Salud, buscando (i) que se declarara que las autoridades locales de salud y el Departamento de Estado habían actuado ilegalmente al emitir esa circular, toda vez que autoriza a los doctores a incurrir en el delito de alentar relaciones sexuales ilegalmente a niñas menores de 16 años; (ii) y que se declara contra la autoridad de salud que un doctor o que cualquier otro profesional trabajando en su clínica de planificación familiar no podría entregar consejos ni tratamientos anticonceptivos a cualquier hijo del demandante bajo la edad de 16 años sin su consentimiento, pues ello atentaría contra sus derechos parentales.

La *House of Lords* afirmó que los “derechos parentales para controlar al niño no existen en beneficio de los padres... [sino que] están establecidos en beneficio del niño y están justificados sólo hasta el punto en que le permitan al padre el cumplimiento de sus deberes hacia el niño... Por cierto que el consentimiento de los padres debe normalmente ser consultado, pero ese consentimiento puede muchas veces no estar disponible de inmediato. En condiciones que el paciente, no importa si niño o niña, es capaz de entender lo que se le propone y de expresar sus propios deseos, no veo dónde puede haber una buena razón para sostener que él o ella carece de la capacidad para expresarlo válida y efectivamente”. En efecto, prosiguió, “[d]espués de todo, un menor de 16 años puede, claro, con ciertos límites, contratar... demandar y ser demandado, entregar evidencia y testimonio bajo juramento”. A medida que el menor de edad se

⁵⁷ Id., p. 511. Posteriormente en *Fraser*, la Corte va a mantener que el estándar antes mencionado (argumentando que, en ese caso en concreto, el colegio lo alcanzaba) y agregando, lamentablemente, que, junto al estándar de limitación al discurso, la misma latitud concedida al discurso de los adultos no se encontraba disponible a los niños en el contexto de una escuela pública. *Bethel School District No. 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675-6 (1986).

⁵⁸ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, 3 All ER 402 (1985).

aproxima a la adultez legal la autoridad parental va decreciendo, siendo claro que las decisiones relativas a los tratamientos médicos a que se someterá un adolescente pueden ser determinadas por el mismo adolescente:

“Es preciso tener en cuenta que un niño llega a ser independiente en la medida que va creciendo; mientras el niño es mayor, la autoridad parental va —correspondientemente— disminuyendo. Por lo mismo, la ley no reconoce ninguna regla de autoridad parental absoluta sobre alguna determinada edad. En cambio de ello, los derechos parentales son reconocidos por el derecho sólo en cuanto ellos son necesarios para la protección del niño, por lo que esos derechos ceden frente a los derechos del niño a tomar sus propias decisiones cuando ha alcanzado el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaz de tomar una decisión [informada] a su propio cargo”.⁵⁹

En el contexto de los casos que venimos analizando, por supuesto que *Gillick* tiene mucha importancia. En lo fundamental, además de los argumentos recién transcritos, es importante destacar que se insiste en la importancia de distinguir la capacidad patrimonial del niño y del adolescente —como insiste Barcia⁶⁰— de la titularidad y capacidad para el ejercicio de derechos constitucionales. En *Gillick* la *House of Lords* insiste en la necesidad de distinguir la edad legal de la capacidad para comprender y poder tomar decisiones razonadas, algo que se juega más en la tierra del entendimiento y la inteligencia que en la de las reglas legales. Si bien el caso evaluaba la constitucionalidad de la circular que entorpecía y, en casos, privaba a las adolescentes del acceso a la contracepción de emergencia, su impacto fue de tal envergadura que —como lo señala Freeman— todos los casos en que se encontraba involucrada la decisión de un niño o un adolescente, en adelante, fueron evaluados a la luz del estándar de competencia decisional de *Gillick*.⁶¹

3. El caso chileno: difícil de asir

De acuerdo a la Convención, como hemos dicho, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, debiendo los Estados Parte comprometerse a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley (arts. 3.1 y 3.2).

Este estándar posee en Chile aplicación inmediata en el contexto de los casos que los tribunales deban resolver desde comienzos de los 90. Esta cuestión fue, en su momento, valorada por el Comité de Derechos del Niño: señaló que era un aspecto positivo que “la

⁵⁹ Id.

⁶⁰ *Supra* nota 41.

⁶¹ Freeman, *Rethinking Gillick*, *supra* nota 39, p. 201.

Convención sobre los Derechos del Niño pose[a] aplicación inmediata y que sus provisiones pueden, y en la práctica han sido, invocadas ante los tribunales locales”.⁶² Sin embargo, tampoco se estaba en presencia del mejor escenario posible. En efecto, la Constitución chilena carecía (y carece) de referencias a los niños, niñas y adolescentes,⁶³ y las disposiciones relativas a la salvaguarda de los intereses del niño debían (y deben) buscarse a nivel legal, especialmente en el Código Civil y leyes complementarias de familia. Tal era el caso del artículo 36 de la Ley de Menores,⁶⁴ el que señalaba que “[e]l juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios”. Se trataba, como se aprecia, de una facultad concedida al tribunal antes que de una obligación, la que operaba sólo en la medida que aquél lo considerara posible, y que convivía con otras normas de clara orientación paternalista, como es el caso del artículo 234, inciso 3º del Código Civil:

“Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquél por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad”.⁶⁵

Como se aprecia, el principio tampoco se encontraba explícitamente reconocido en aquellas fuentes, lo que preocupó al Comité. En efecto, el Comité recomendó al Estado chileno llevar adelante “esfuerzos especiales en orden a armonizar completamente la legislación [nacional] existente con las provisiones de la Convención relativas a los principios generales, así como asegurar que el interés superior del niño, tal cual se establece en el artículo 3 de la Convención, sea la primera consideración en todas las acciones que conciernen a los niños, incluidas las llevadas adelante por el Parlamento”.⁶⁶ La modificación al artículo 242 del Código Civil es la respuesta a las recomendaciones del Comité, disponiendo —desde 1998— que “para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”.⁶⁷ La ley que crea los nuevos Tribunales de Familia, por su parte, vigente desde 2005, incorpora varias otras normas relevantes. En línea con la

⁶² Committee on the Rights of the Child: Chile, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Chile*, CRC/C/15/add.22. (25 de Abril, 1994), para. 4º.

⁶³ Un buen ejemplo lo constituye la constitución colombiana: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. CONSTITUCIÓN COLOMBIA (1991), art. 44.

⁶⁴ Ley 16.618 (D. Of. 08.03.1967).

⁶⁵ La referencia a esta disposición en Julio Cortés, *Acerca del principio del interés superior del niño*, supra nota 19, pp. 78-9.

⁶⁶ Committee on the Rights of the Child: Chile, supra nota 62, para. 14.

⁶⁷ Este artículo fue introducido por la Ley 19.585 (D.Of. 26.10.1998).

tesis sostenida en este trabajo, el artículo 16 inciso 1º dispone —bajo el epígrafe “interés superior del niño” — que el objetivo de la ley es garantizar a los niños, niñas y adolescentes “el ejercicio y goce pleno y efectivos de sus derechos y garantías”.⁶⁸ El inciso 2º agrega que el interés superior del niño, junto con el “derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.⁶⁹

A continuación examinaremos dos tipos de decisiones de instancias judiciales chilenas, animados en la búsqueda de algunas que logren satisfacer el estándar de reconocimiento en la titularidad de derechos, y su defensa autónoma—esto es, desde el niño, niña o adolescente. Una práctica constitucional como la chilena, sin embargo, procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica—como alguna vez se sugirió⁷⁰—demanda una prevención: carece, Chile, de una práctica sistemática en la identificación de las decisiones relevantes. La ausencia de una comunidad respetuosa del precedente, tanto en la labor judicial como en la práctica argumentativa en general—salvo cuando se recurre a ellos ad-hoc, esto es, identificando sólo aquellas decisiones que sirven a la teoría del caso de turno⁷¹—puede terminar posando un halo de inevitable discrecionalidad sobre la selección que acá hacemos. En ambas instancias, veremos, los avances que evidencia la regulación legal en materia de familia se echan de menos.

3.1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) concentra, desde 2005, el control de constitucionalidad de las leyes. De conformidad a su actual regulación constitucional el TC se encuentra facultado para revisar la constitucionalidad de proyectos de ley, esto es, ejerce un control de carácter preventivo (art. 93 Nos 1 y 3 de la C.), así como de los preceptos legales, esto es, controla represivamente la constitucionalidad de aquéllos (art. 93 Nos 6 y 7 de la C.). El TC ha tenido escasas oportunidades de pronunciarse sobre los derechos del niño. Escogemos tres decisiones que poseen especial relevancia para efectos de este estudio. En una de ellas, en el que TC debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de varias disposiciones del proyecto de ley sobre Jornada Escolar Completa (JEC), veremos que el TC intenta establecer una relación razonable entre la libertad de enseñanza y derecho a la educación. Para configurar este último derecho, sin embargo, el TC considera innecesario realizar cualquier referencia a los derechos del niño en el marco de la CDN. En el segundo de los casos bajo análisis, relativo al aumento de las penas en el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, el Tribunal efectúa —como nunca antes y como nunca hasta ahora— referencias explícitas a

⁶⁸ Ley 19.968 (D. Of. 30.08.2004).

⁶⁹ De acuerdo a la Ley 19.968, el interés superior del niño será, también, principio rector del proceso de mediación. Art.103 letra e).

⁷⁰ CARLOS PEÑA, PRÁCTICA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 155 (1997).

⁷¹ Daniela Accatino, *El Precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena*, 20 ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL 559, 570-1 (2002).

la CDN. Sin embargo, veremos que esas referencias, así como las consecuencias que extrae de ella, no son las más adecuadas, sobre todo porque prescinde de las interpretaciones auténticas de la misma. Finalmente, el tercer caso se refiere al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por parlamentarios de la Alianza por Chile en contra del decreto que establecía las normas nacionales sobre fertilidad, en la que, junto con autorizarse la distribución gratuita de la denominada “píldora del día después”, se establecía el derecho de consejería en materia de anticoncepción para adolescentes mayores de 14 años. Como veremos, el caso presenta similitudes sorprendentes con *Gillick* y *Carey*, aunque el TC acá prefirió esgrimir razones formales para evitar pronunciarse.

Jornada Escolar Completa. Las normas que configuran, digamos, el sistema de escolaridad completa actualmente vigente en el país, han pasado varias veces y por diversos motivos por el control del TC. El proyecto fue objeto de un primer requerimiento, decidido por el TC en junio de 2004 (JEC I)⁷² —que sentará las bases de este comentario. Después se interpusieron otros dos requerimientos: el primero fue fallado en junio de ese mismo año (JEC II)⁷³ y el segundo en octubre (JEC III).⁷⁴ Además, y con ocasión del control obligatorio del proyecto,⁷⁵ el TC declaró inconstitucional otras disposiciones en Octubre de 2004.⁷⁶ A grandes rasgos, el proyecto modificaba la financiación de la educación pública y subvencionada, ampliando, además, la participación de apoderados y estudiantes en los establecimientos educacionales.⁷⁷ Los parlamentarios de la Alianza por Chile que presentaron el requerimiento objetaron las disposiciones relativas a los nuevos requisitos establecidos para solicitar la financiación estatal: las personas que quisieran ayuda económica del Estado para —como dispone la Constitución— “abrir, organizar y mantener establecimientos particulares” (art. 19 No 11 de la C.), deberían reservar un 15% de sus matrículas a estudiantes que presenten condiciones de vulnerabilidad económica. Objetaron, asimismo, la creación de los denominados Consejos Escolares que, teniendo carácter consultivo, estarían integrados por diversas autoridades del establecimiento (el director, el sostenedor y un docente elegido por sus pares), el presidente del Centro de Padres y el Presidente del Centro de Alumnos.⁷⁸ Para justificar su reclamo argumentaron que la libertad de enseñanza asegurada en la Constitución habilita a las personas a “organizar interiormente los establecimientos educacionales”.⁷⁹

⁷² Tribunal Constitucional, Rol No 410 (14 de junio, 2004).

⁷³ Tribunal Constitucional, Rol No 413 (26 de junio, 2004).

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Rol No 423 (18 de octubre, 2004).

⁷⁵ De acuerdo a la regulación constitucional, el TC revisa de forma preventiva y obligatoriamente, los proyectos de ley que versen sobre materias orgánicas constitucionales y los proyectos de ley interpretativos de la Constitución (art. 93 No 1 de la C.).

⁷⁶ Tribunal Constitucional, Rol No 422 (18 de octubre, 2004).

⁷⁷ Tomás Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto que modifica el régimen de Jornada Escolar Completa y sus repercusiones respecto del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*, en REVISTA DERECHOS DEL NIÑO, N° 3-4, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp. 284, 285 (2006).

⁷⁸ Para hacer justicia al requerimiento, y a los intereses de los parlamentarios signatarios, cabe precisar que, sobre la misma base de la libertad de enseñanza, cuestionaron la constitucionalidad de las disposiciones que prohibían la cancelación de matrículas por no pago de aranceles y la facultad del Ministerio de Educación para fijar los montos máximos a cobrar por derechos de postulación.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, p. 7.

El TC rechazó ambos reclamos (aunque aceptó otros puntos). El TC comenzó fijando el núcleo de la libertad de enseñanza, definiéndola como “el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”, lo que permite a su titular la posibilidad de organizar internamente el establecimiento de acuerdo al ideario del proyecto educativo que le parezca.⁸⁰ Esa libertad asegura el derecho de desplegar esas atribuciones “sin injerencias o intromisiones lesivas para el núcleo esencial” de la libertad,⁸¹ salvo los límites que impongan la moral, las buenas costumbres el orden público o la seguridad nacional —“únicas cuatro restricciones susceptibles de ser aplicadas”.⁸² Luego, el TC estableció relaciones entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Sobre la primera, aclaró que titularidad de esa libertad corresponde a “todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados; se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, trátese o no de establecimientos subvencionados”.⁸³ Sobre el segundo, concluyó que el derecho a la educación siempre se verá afectado y condicionado por la libertad de enseñanza, que es la que permite el proceso educativo. Dicho de otra forma, sin libertad para enseñar, el derecho a la educación se reduce a la enseñanza informal (i.e. de la familia)⁸⁴ —asumiendo, por supuesto, que la libertad de enseñanza es la que permite al Estado fundar las escuelas públicas. Finalmente —aspecto relevante para comprender varias decisiones en materia de recurso de protección— el TC declara que la libertad de enseñanza comprende, también, el derecho de “los padres... de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos... que juzguen coherente con el ideario formativo de sus hijos”.⁸⁵

El TC había indicado que las únicas restricciones a que se sujetaba la libertad de enseñanza eran las que imponían la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional —más aquellas restricciones de carácter específico difuminadas en la Constitución.⁸⁶ Agregó que el Estado posee facultades de regular las condiciones conforme a las cuales concederá recursos económicos a quienes quieran ejercer la libertad de enseñanza —ayudados por los recursos fiscales— a condición de que las exigencias no sean inadecuadas o desproporcionadas.⁸⁷ Sobre las subvenciones, específicamente, agregó que éstas no son una prerrogativa discrecional del Estado, sino, cosa distinta, “una obligación

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id., c. 11.

⁸² Id., c. 12.

⁸³ Id., c. 10. El problema de este argumento, se ha señalado, es que el TC atribuye titularidad de derechos (en este caso de libertades) constitucionales al Estado, contrariando —como ha afirmado Rodrigo Correa— “la tradición liberal de los derechos fundamentales, de la que el artículo 19 de la Constitución Política es heredero... [y para la cual] los derechos constitucionales son derechos de la persona natural, en cuanto tal y en cuanto ciudadano, frente al Estado. No son derechos de unos organismos estatales (establecimientos educacionales municipales) frente a otros organismos estatales (Congreso Nacional, Presidente de la República y administración central)”. Rodrigo Correa, *Tribunal Constitucional*, 2 REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ 758-60 (2005). También comentarios críticos en Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 77, pp. 290-2.

⁸⁴ Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 77, p. 287.

⁸⁵ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, c. 15 (en estricto rigor el TC debió haberse referido al ideario formativo suyo —de los padres— para con sus hijos).

⁸⁶ Como ocurre, por caso, con la prohibición que tienen los establecimientos educacionales para propagar tendencias político-partidistas, id., c. 14.

⁸⁷ Correa, *Tribunal Constitucional*, *supra* nota 83, p. 758.

ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general”.⁸⁸ En lo que respecta a la exigencia que asiste a los establecimientos que deseen aportes fiscales de contar con un 15% de estudiantes socioeconómicamente vulnerables, el TC sostuvo que la exigencia era de aquellas adecuadas y proporcionadas, en la medida que no afectaba el núcleo fundamental de la libertad definido más arriba —y, en particular, por tratarse de una condición que se impone en igualdad a todos los establecimientos que deseen optar por las subvenciones, sean éstos públicos o privados y con independencia de su proyecto educativo.⁸⁹

En materia de consejos escolares, normas cuya constitucionalidad el TC no reprochó, cabe destacar que el TC afirmó que estos consejos buscan aumentar la participación de toda la comunidad escolar (c. 36), destacando —como suele hacerlo cuando revisa disposiciones que involucran participación de la comunidad⁹⁰— su carácter no vinculante. Lo importante, a efectos de este estudio, es verificar el razonamiento del TC. La obligatoriedad de constituir estos consejos —argumentaron los requirentes— significaba una limitación a la libertad de enseñanza distinta a las permitidas por la Constitución. El TC, en cambio, sostuvo que “no hay nadie más interesado... que los propios padres de los alumnos y los educandos mismos en que el proyecto educativo diseñado funcione en forma eficiente y adecuada” para, pese a mencionar el interés de los estudiantes, terminar afirmando que “si la libertad de enseñanza... comprende también el derecho de los padres de escoger el establecimiento educativo para sus hijos, no parece constitucionalmente reprochable que ellos tengan el derecho a ser informados y a emitir opiniones no necesariamente vinculantes sobre el respectivo establecimiento elegido”.⁹¹ Como se aprecia, la libertad de enseñanza se configura a partir del derecho (explícito) de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos, sin referencia alguna a la titularidad al derecho a la educación y a la participación de estos últimos —en tanto niños, niñas y adolescentes.⁹²

Finalmente, resulta de importancia destacar la norma del proyecto propuesto relativa a la transparencia y objetividad de los procesos de selección de los estudiantes, conforme a la cual los establecimientos son obligados a respetar, entre otras, las garantías establecidas por los tratados internacionales vigentes en favor de los alumnos, alumnas y sus familias. El TC sostuvo que dicha disposición, aplicable a todos los establecimientos educacionales, es parte de los requisitos mínimos que el Estado puede exigir a cada uno de los niveles de enseñanza, básica y media (c. 68).⁹³ Lo curioso es que el TC declaró la inconstitucionalidad de otra disposición casi idéntica, con la única

⁸⁸ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, c. 19.

⁸⁹ *Id.*, c. 51.

⁹⁰ Véase, en particular, Tribunal Constitucional, Rol No 1.050 (3 de abril, 2008).

⁹¹ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, c. 56.

⁹² En sentido similar, véase Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 77, pp. 310-1 (argumentando, además, la nula referencia a las obligaciones que surgen en materia de participación desde la Constitución y los tratados internacionales).

⁹³ La referencia la toma del art. 19 No 11, inciso final.

diferencia de ser establecida como condición para solicitar la subvención escolar y de mencionar —expresamente— la CDN. Para ese caso, el TC ordenó la necesidad de regular los procesos de selección por medio de una ley orgánica constitucional —cosa que, en la especie, no ocurría.⁹⁴

Como se aprecia de este sucinto análisis, el TC no efectúa referencia alguna a los derechos del niño que surgen del derecho internacional de los derechos humanos en materia de educación. Como ha dicho Tomás Vial, “[e]n lo que respecta al tema educativo, existen numerosas normas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y plenamente vigentes” a los que podría haberse efectuado alguna referencia. Ni la CDN ni la condición de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derecho es siquiera mencionada. Lo anterior no carece de explicación: en el contexto específico de la revisión que efectúa el TC está facultado para cotejar las disposiciones del proyecto con la Constitución, y constreñido —en parte importante— por el objetivo específico del reclamo efectuado en el requerimiento.

Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA)

El segundo caso en comento suscitó importante debate. Un grupo de parlamentarios de la Concertación de Partidos por la Democracia planteó una cuestión de constitucionalidad al TC, argumentando la inconstitucionalidad de uno de los preceptos del proyecto de ley que modificaba —y que, de hecho, modificó— la LRPA. En concreto, los requirentes objetaban, según sus palabras, el establecimiento como “única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado”⁹⁵ —esto es, sin eufemismos, y como ha sugerido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una pena privativa de libertad.⁹⁶ Entre otros argumentos, los requirentes reclamaron la violación del artículo 37 b) de la CDN.⁹⁷ La imposición de una única condena de régimen cerrado —sostuvieron en su reclamo— “restringe la posibilidad del sentenciador a una única condena... [sin] dar alternativa alguna a la privación de libertad respecto de penas que superan los cinco años”, lo que significaba no considerar el interés superior del niño ni los estándares del derecho internacional que ordenan la utilización de las penas privativas de libertad como instrumento de *ultima ratio*.⁹⁸

⁹⁴ Como ha señalado Correa, del hecho que las únicas limitaciones a que se pueda someter la libertad de enseñanza sean las que derivan de la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, no se sigue que todas las regulaciones a la educación deban realizarse por medio de una ley orgánica constitucional. Correa, *Tribunal Constitucional*, *supra* nota 83, pp. 743-4.

⁹⁵ Tribunal Constitucional, Rol No 786 (13 de junio, 2007).

⁹⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, *supra* nota 33, p. 604; criterio aplicado en Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal de Buenos Aires, C. 22.909 “Famoso, Elizabeth y otro s/ procesamiento e internación” (17 de marzo, 2004) (“[C]ualquier medida que implique la reclusión de aquélla [persona] en un establecimiento de régimen cerrado del que no pueda ausentarse voluntariamente supone privación de libertad, cualquiera que sea el nombre que se le dé a la medida que así lo dispone...”).

⁹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 12, art. 37: “Los Estados Partes velarán porque: b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención... se llevará a cabo de conformidad a la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”.

⁹⁸ Véase, en especial, Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra* nota 28.

¿Qué decidió el TC?⁹⁹ Mientras despachaba las cuestiones formales, es relevante prestar atención a la toma de posición del TC: mientras los requirentes cuestionaban la relación que existiría entre los objetivos perseguidos por las reformas (responsabilización y reinserción social de los adolescentes) y la sanción única de internación en régimen cerrado, el TC sostuvo que la “indicación parlamentaria aludida tiene una relación directa y sustantiva con aquella [la responsabilización y reinserción social], pues tales objetivos se cumplen si, como sostiene su autor [Larraín], se trata de eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado ...”¹⁰⁰ Sobre las bases de las reglas de la legislación común, agregó que “las reglas de determinación de la naturaleza de las penas contempladas en el artículo 23 del aludido cuerpo legal [LRPA] consultan varias posibilidades para que el tribunal considere modalidades diversas de cumplimiento, según la naturaleza del delito cometido, entre las cuales se encuentra la mayor o menor extensión, así como la intensidad de la privación de libertad”.¹⁰¹ Como se aprecia, el TC recoge el hecho de que el sistema de responsabilidad penal juvenil es uno de carácter especial: se debe tener en cuenta un fin preventivo especial, cuestión que no ocurre en la legislación penal ordinaria. Sin embargo, no se entiende la coherencia entre el énfasis de la prevención especial (en tanto fin de la pena y criterio orientador de la actividad del juez) y la posibilidad que tiene el juez para imponer la pena máxima: la internación en régimen cerrado. En otras palabras, no se justifica debidamente el que una pena privativa de libertad pueda servir a un fin preventivo especial, estándar que —como hemos venido sugiriendo— es más estricto en el caso de adolescentes y niños.

El TC entendió satisfechos los mandamientos del derecho internacional al asegurar que “la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador”.¹⁰² El razonamiento del TC parece sugerir que se respeta la CDN en la medida que ésta es invocada durante los trámites de discusión legislativa, sin reparar

⁹⁹ Omitiremos, en este comentario, las referencias al debate sobre el lugar que cabe al derecho internacional en el sistema constitucional chileno. Con todo, cabe precisar que Hernán Larraín, quien presentó la indicación que se impugnaba, y quien, además, alegó la causa ante el TC —solicitando el rechazo del recurso— sostuvo que de justificarse la infracción a la CDN esto acarrearía responsabilidad internacional para el Estado de Chile, pero no un problema de constitucionalidad. Tampoco abordaremos en mayor medida, y salvo en el sentido que especificamos de inmediato, las argumentaciones en que se reclamaban vicios de forma (iniciativa exclusiva para el Presidente en ciertas materias y concordancia de la indicación con las ideas matrices del proyecto), resueltas —y rechazadas— a un Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, cs. 7 a 24.

¹⁰⁰ Agrega, además, que el sistema de responsabilidad penal adolescente con sus respectivas modificaciones permite “apreciar que los objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena asignada al delito sino que el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes” —haciendo eco, esta vez, y a diferencia del caso que analizamos a continuación, del reclamo mediático. Id., cs. 22 y 23.

¹⁰¹ Id., c. 23.

¹⁰² Id., c. 28.

en la especialidad que su auténtica interpretación demanda, y sin prestar atención a la forma específica en que se institucionaliza su correcta aplicación —más allá de la consagración de principios generales orientadores.¹⁰³ En efecto, de acuerdo a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados Partes deben velar porque la privación de libertad de los niños y adolescentes se lleve a cabo por el menor tiempo posible y considerando su especial condición de vulnerabilidad, para lo cual deben adoptarse las medidas especiales que impidan abusos generalizados.¹⁰⁴ Además, la privación de libertad —siendo la pena más severa— debe “tener un carácter excepcional... limitada por... los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”, durando un plazo razonable¹⁰⁵ y siendo siempre preferible —salvo en caso de necesidad definida a la luz de los estándares del derecho internacional— la aplicación de medidas supletorias (i.e. supervisión estricta, custodia permanente, asignación a una familia, traslado a un hogar o instituciones educativas, libertad vigilada, programas de enseñanza de formación profesional, entre otras).¹⁰⁶

Del razonamiento del TC, sin embargo, no logra advertirse de qué forma se recoge la idea del sistema de responsabilidad penal juvenil como un sistema especial, con criterios específicos. ¿Cuál sería la especialidad y el énfasis si la interpretación de la Convención, a este respecto, se reduce a impedir que la privación sea ilegal o arbitraria? De hecho, el TC —más adelante— va a afirmar, junto con reiterar que no analiza el mérito de las decisiones legislativas (c. 29), que “lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como ... en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano”.¹⁰⁷ El TC, así, contradice su propio estándar de evaluación: había señalado que la especialidad de la jurisdicción penal adolescente se encontraba garantizada en los términos de la CDN (c. 28), pero ahora afirma que el respeto al artículo 5° de la Constitución se logra no cotejando las decisiones estatales con los instrumentos internacionales, sino que sólo

¹⁰³ En efecto, el TC afirmó “que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del ‘interés superior’ del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley N° 20.084 y, específicamente, su artículo 2°, que establece... [que] ‘[e]n la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.’” Id., c. 27.

¹⁰⁴ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, supra nota 28., paras. 222-6.

¹⁰⁵ Id., paras. 228-9.

¹⁰⁶ Id., para. 230 (esto es, medidas todas más costosas que el encierro).

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional, Rol No 786, supra nota 95, c. 30.

vigilando que se respeten las disposiciones constitucionales.¹⁰⁸ No queremos —ni es tarea de este trabajo— sugerir si acaso los tratados internacionales deben ser parte de los estándares conforme a los cuales el TC evaluará la constitucionalidad de las decisiones legislativas.¹⁰⁹ Sólo queremos afirmar que el TC contradice su propia argumentación, primero, y que evidentemente la especialidad que el derecho internacional del niño y adolescente reclama para su sometimiento a sanciones criminales no puede satisfacerse si el TC mira solo a las reglas generales, segundo—al menos de la forma en que, hemos visto, acá lo hace.¹¹⁰

En el voto concurrente del Ministro Jorge Correa manifiesta su desacuerdo con parte del razonamiento del voto de mayoría del TC, intentando aclarar el significado de la especialidad de la justicia juvenil —abordando aquellas materias que el voto de mayoría no consideró. Correa comienza su aclaración señalando que el TC debe evaluar “si la norma impugnada y no todo el proyecto legal, como se hace en el considerando 27º, resulta compatible con el principio del interés superior del niño; si el precepto legal cuestionado pugna con la regla de que la pena debe ser siempre usada como último recurso, que los requirentes fundan en el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por último, si el precepto legal pugna con la norma contenida en el artículo 40 de la referida Convención, en cuanto ésta obliga a contemplar penas alternativas”,¹¹¹ como pareciendo sugerir —en línea con lo que se ha comentado más arriba— que el examen debe centrarse en las consecuencias específicas y prácticas de la disposición impugnada antes que en el lenguaje utilizado.

¹⁰⁸ Se ha sugerido que la adecuada atención a la especialidad de la justicia procesal de adolescentes se satisface no sólo considerando normas de procedimiento, sino que, también, “a las normas sustantivas que establecen la responsabilidad de ellos y sus consecuencias”. Es decir, la decisión de privar de libertad a un adolescente como atribución de penas por la comisión de crímenes y/o delitos puede contrastarse con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, donde la situación especial del niño y el adolescente se ha avanzado más. Mauricio Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil 3* (14 de junio, 2009) (manuscrito no publicado, aceptado en la Revista *Lus et Praxis*). En sentido similar, Francisco Geisse y Germán Echeverría, *Bases y Límites para la Responsabilidad Penal de los Adolescentes*, en *REVISTA DE DERECHO*, v.14, Universidad Austral de Chile, Valdivia, pp. 99, 105-7 (2003). Esto no quiere decir, por supuesto, que el legislador no pueda realizar el cotejo, interpretación y aplicación de esos estándares, pero la argumentación del TC a este respecto es confusa y no permite apreciar cuál es, en concreto, la especialidad a que se refiere —y que admite reconocer. En similar sentido, Jaime Couso ha señalado que “el hecho que el legislador haya deducido de esos principios determinadas reglas [procesales o sustantivas] diferenciadas, no implica que la eficacia de esos principios (generales y especiales), se agote ... [pues] exige[n] también a los tribunales tenerlos en cuenta al resolver cuestiones más concretas que las que contempla el legislador, o incluso al interpretar el alcance y validez de las reglas legales”, cuestión que podría exigirse, también, al TC. Jaime Couso, *Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena*, en *JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO*, N°10, UNICEF, Santiago, pp. 97, 100-1 (2008).

¹⁰⁹ Esto es lo que en derecho comparado se ha denominado ‘bloque de constitucionalidad,’ que no solo comprende —según el caso— disposiciones del derecho internacional, sino que “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizadas como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integradas a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”. UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, *LA CONSTITUCIÓN POR CONSTRUIR: BALANCE DE UNA DÉCADA DE CAMBIO CONSTITUCIONAL 70-1* (2001); Hernán Olano, *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*, en *1 REVISTA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES*, pp. 231, 232-3 (2005). En el caso chileno resulta institucionalmente complejo sugerir esta idea, si consideramos que el mismo TC revisa la constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 93 Nos 1 y 3 C.). Si los tratados internacionales forman parte del estándar de evaluación constitucional (son parte, digamos, del ‘bloque’), entonces parece producirse una contradicción importante entre la propuesta (sumarlos al bloque) y el arreglo institucional (su sometimiento a control del TC).

¹¹⁰ Mauricio Duce ha avanzado los requerimientos específicos que la justicia juvenil debiera contemplar. Sugiere —en línea con lo que hemos venido sosteniendo acá— que el reconocimiento de los derechos del niño supone no solamente la ampliación (a su respecto) de las garantías básicas del debido proceso, sino que exige, además, el reforzamiento o ampliación de las garantías del debido proceso (fortalecimiento de la libertad y restricciones a la prisión preventiva; exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho a la defensa; y exigencias más estrictas a la renuncia de trabajo), modificaciones en la estructura general del procedimiento y una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos. Mauricio Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado*, *supra* nota 108.

¹¹¹ Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, c. 3 de la concurrencia.

Luego, sin embargo, insiste en el hecho de que, a pesar que los estándares del derecho internacional ordenan que la privación de libertad sea sólo una medida de último recurso, y por el menor plazo posible, “[l]os preceptos internacionales invocados no establecen, sin embargo, cuál sea ‘el periodo más breve que proceda’ ni precisan cuáles son las razones determinantes que justifican, de manera más estricta que para los adultos, el uso de la privación de libertad. Ambas cuestiones quedan entregadas a la discreción de cada Estado...”¹¹² En efecto —como ha señalado Duce, citando al Comité de Derechos del Niño— “corresponde a los Estados decidir la naturaleza y el contenido exacto de las medidas que deben adoptarse para evitar los procesos judiciales [mirando a las salidas alternativas], manifestando especial preocupación por fijar algunos principios que debieran orientar el caso de las remisiones...”¹¹³ ¿Dónde radica el error de la interpretación de Correa? Según el (entonces) Ministro del TC, las normas del derecho internacional ordenan que la privación de libertad sea aplicada como medida de último recurso y por el menor tiempo posible, justamente porque se trata de “restricciones al derecho del Estado a privar de libertad a un menor que ha delinquido [que] se fundan en el entendimiento de que la familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño, de modo tal que debe favorecerse su permanencia en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para privarlo de libertad, en función, precisamente, del interés superior del niño”.¹¹⁴

No vale la pena insistir sobre algo que ya se ha mencionado: el modelo tutelar de adolescentes, ese que los privaba de libertad sin garantías, es el que la CDN reclama derogar. El modelo tutelar es el mismo que justificaba las privaciones de libertad bajo el pretexto de satisfacer el interés de los mismos que resultaban encerrados, un modelo —como ha dicho Cortés— “de los ‘salvadores del niño,’ que comienza... bajo un discurso que daba primacía a las buenas intenciones humanitarias de protección de los ‘menores.’”¹¹⁵ En otras palabras, el problema del razonamiento de Correa es crear posible justificar la privación de libertad en aras del interés superior del niño, una interpretación (sin duda, pero) inadecuada de la CDN que debe entenderse estableciendo “especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, [que] se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del interés superior del niño que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad”.¹¹⁶ Quizás el error no es del Ministro Correa, sino justamente del hecho de intentar avanzar la protección de derechos sobre la base de conceptos que luego demandan su concreción legislativa y judicial. Cuando el campo

¹¹² *Id.*, c. 4.

¹¹³ Mauricio Duce, El derecho a un juzgamiento especializado, *supra* nota 108, p. 38.

¹¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, c. 4 de la concurrencia.

¹¹⁵ Julio Cortés, ¿Cómo entender la ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones históricas globales del control social punitivo? Algunas reflexiones críticas y propuestas de acción, en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, N°10, UNICEF, Santiago, pp. 147, 150-1 (2008).

¹¹⁶ En la misma idea confluyen los argumentos de (Cortés 2007). Cillero, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención*, *supra* nota 26, p. 138.

(dogmático y/o internacional) se encuentra poco desarrollado, entonces se dispone de terreno fértil para agregar —a la interpretación— las opiniones facciosas/propias,¹¹⁷ aunque despreocupadas de su (aún escaso) desarrollo internacional. Siguiendo a Beloff —en su crítica a la OC/17— “la larga discusión [en la Corte IDH] en torno de esta problemática categoría —históricamente utilizada como un cheque en blanco que permitía el ejercicio de las facultades discrecionales de los jueces y funcionarios tutelares— no la definió, no intentó interpretarla en el marco de las normas que estaba analizando, ni resolvió los problemas ya clásicos que existen en torno del ‘interés superior del niño’ ... siquiera [mencionó] tangencialmente este complejo concepto sin pronunciarse claramente sobre él, cuando tampoco había sido tema sometido a su consideración. En conclusión, en este punto fundamental la Corte ni fijó regla alguna”.¹¹⁸

Normas Nacionales sobre Fertilidad

El Ministerio de Salud, siguiendo una decisión previa del TC,¹¹⁹ dictó el Decreto Supremo No 48 estableciendo las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” (las Normas).¹²⁰ Al regular la inequidad reproductiva producto de la condición de género y la mayor vulnerabilidad de ciertos grupos, y animadas por reducir el embarazo no deseado en adolescentes y adultos, las normas establecían —entre otras regulaciones— la entrega gratuita en consultorios públicos, previa consultorías médicas especializadas, de la denominada ‘píldora del día después’ (Píldora Anticonceptiva de Emergencia, o PAE).

Si bien esa regulación en concreto fue la que motivó el requerimiento, y la que mayor atención mediática alcanzó, las Normas contemplaban, además, la implementación de consejerías técnicas para adolescentes mayores de 14 años en materia de anticoncepción, las que serían confidenciales, esto es, sin conocimiento ni consentimiento de los padres.¹²¹

Apenas se dictaron las Normas, y como si el TC hubiese preparado a propósito el camino, un grupo de parlamentarios de la Alianza por Chile presentó un requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Decreto. Junto con reclamar la eventual afectación del derecho a la vida del que está por nacer, reclamaron la inconstitucionalidad de las disposiciones que establecían las consejerías para adolescentes: en concepto de los recurrentes, que la consejería se efectuara bajo condiciones de confidencialidad, esto es, sin conocimiento ni consentimiento de los padres, afectaba el derecho preferente de educar a sus hijos —según se consagra en el artículo 19 No 10 inciso 3º de la Constitución. Lejos de permitir afectar ese derecho preferente, la Constitución ordena al Estado hacer justamente lo contrario

¹¹⁷ He tomado esta idea de FERNANDO ATRIA, *LA FORMA DEL DERECHO* (MS), pp. 290-300.

¹¹⁸ Mary Beloff, *Lucas y Sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Condición Jurídica y Derechos del Niño”*, en *JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO*, N°9, UNICEF, Santiago, pp. 49, 70 (2007).

¹¹⁹ Tribunal Constitucional, Rol No 591, 11 de enero, 2007 (calificando la resolución exenta No 548 del Ministerio de Salud como inconstitucional por vicio de forma, al reunir todos los elementos sustantivos de un Decreto Reglamentario, sin serlo).

¹²⁰ (D. Of. 3.02.2007).

¹²¹ Según se aprecia, los hechos son, en lo medular, bastante similares a los de los casos *Gillick* y *Carey*, mencionados más arriba.

a lo que proveen las Normas —según sostuvieron los parlamentarios *pro vida*: “otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. Además de lo anterior, finalmente, aseguraron que amparar la relación adolescente-médico bajo el secreto profesional de este último, supone “tergiversar... la confidencialidad de la relación profesional, ya que ésta supone la existencia de un enfermo y los menores adolescentes a quienes van dirigidas las actividades administrativas de que se trata, no padecen enfermedad alguna...”¹²²

En los considerandos decimotercero a decimosexto el TC resume la impugnación que contiene el requerimiento dirigida a la consejería que se da a los adolescentes en el marco de confidencialidad, sin consentimiento ni conocimiento de los padres, y expone los argumentos conforme a los cuales rechaza el requerimiento en este sentido. El TC, luego de efectuar una breve referencia a la norma constitucional infringida, señala que el Decreto no adolece del vicio de inconstitucionalidad respecto del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Para ello, argumenta que el derecho de los padres a la educación preferente de sus hijos se compone de dos facultades: las formales y las informales. Respecto de las primeras (formales), el TC sostuvo que éstas se reducían a la facultad constitucional que asiste a los padres para poder escoger el establecimiento educacional en el cual sus hijos serán instruidos de acuerdo a su “ideario educativo”.¹²³ Sobre las segundas, y citando la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, sostuvo que la educación informal comprende “todo proceso vinculado con el desarrollo del hombre y la sociedad, facilitado por la interacción de unos con otros y sin la tuición del establecimiento educacional”, es decir, en aquellas formas de educación “no estructurada[s] y sistemática[s] del núcleo familiar”, en la que los padres intervienen como agentes principales.¹²⁴

Avanzando la idea de que la educación sexual es un aspecto de la educación que no puede escindirse de los valores que la justifican, y de la cual los padres no pueden ser excluidos, el TC afirma, sin embargo, “que las Normas no vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe...”¹²⁵ En efecto, agrega que “[l]as normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual”,¹²⁶ lo que sugiere que el punto central del análisis del TC es el hecho de que las Normas permitan las consejerías pero que no las obliguen —lo que, por cierto, afectaría la autonomía de la voluntad tanto de adolescentes como de cualquier persona.¹²⁷ Pese a lo breve de las referencias, el TC realiza una mención final que merece —dentro de un fallo muy complejo— atención: el TC

¹²² Todas estas referencias, en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol No 740, 18 de abril, 2008.

¹²³ *Id.*, c. 15.

¹²⁴ *Id.*, cs. 14-5.

¹²⁵ *Id.*, c. 16.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ Para una explicación de cómo tal interpretación afectaría la autonomía de los adolescentes ver *Informe en Derecho: Interés Superior del Niño, Autonomía y Confidencialidad*, Jaime Couso, Nicolás Espejo y Domingo Lovera, Centro de Derechos Humanos UDP, noviembre de 2007.

sostuvo que, mientras las Normas dejan incólume el derecho de los padres a participar preferentemente en el proceso educativo formal e informal de sus hijos, razón suficiente para rechazar el requerimiento a este respecto, las mismas tampoco “vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado”.¹²⁸ Es decir, el TC reconoce, en un pasaje cuya importancia podría cobrar fuerza en futuros litigios, que los adolescentes, así como cualquier otra persona, son titulares de los derechos constitucionales y, además, cosa no menor, que a ellos y ellas corresponde proteger en su ejercicio (legítimo), esto es, ya no como apéndices de un ejercicio que se define desde fuera de ellos (i.e. por sus padres), sino que a partir de ellos mismos.

Si bien la declaración anteriormente mencionada es relevante, el TC pierde la oportunidad —o la deja pasar, según sea el punto de vista— de avanzar algunas otras consideraciones respecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Quizás una de las dimensiones que podría haberse desarrollado en materia de adolescentes es la de su derecho a la vida privada en materia de decisiones médicas y de salud. En el derecho comparado, en especial en los Estados Unidos, hemos visto que las cortes han resguardado la esfera de atribuciones para que los adolescentes puedan mantener sus decisiones en materia de salud al margen del conocimiento de terceras personas, incluidos sus padres. No en vano —aunque no mereció referencia del TC— la legislación nacional sobre protección a la vida privada define como datos sensibles aquellos “datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, *los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual*” (el destacado es nuestro).¹²⁹

Conclusiones

Como se aprecia, los tres grupos de decisiones analizadas, leídas de buena fe, evidencian tres momentos distintos y, si el TC se toma en serio su jurisprudencia, no distantes. Primero, en JEC, el TC avanza importantes conclusiones relativas al derecho a la educación en relación a la libertad de enseñanza consagrada en la Constitución. Sin embargo, según vimos, prescinde de referencias al derecho internacional del niño, ni lo menciona a éste como titular de derechos constitucionales. Casi en todo momento el punto de atención del TC lo constituye el Estado —a quien limita su discrecionalidad en la financiación de la educación pública (y privada)—, los particulares que quieren lucrar con la educación y los padres, en tanto titulares del derecho a escoger el establecimiento educacional para sus hijos. Salvo algunas referencias vagas a la importancia de la participación escolar —en la cual, dicho sea de paso, también intervienen los padres— JEC pasa por alto el desarrollo del derecho internacional en materia de titularidad del niño y adolescente sobre

¹²⁸ Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, c. 16.

¹²⁹ Ley 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada y Protección de Datos Personales (D. Of. 28.08.1999), art. 2, letra g).

el derecho a la educación. En LRPA las circunstancias cambian, y marcan un segundo momento en la, digamos, pequeña evolución de la jurisprudencia del niño en el TC. Acá el TC incorpora dentro de sus estándares de revisión —en parte llevado a hacerlo por los propios requirentes— a la CDN. Es un primer paso, sin embargo, insuficiente. Insuficiente porque el voto de mayoría del TC incorpora la CDN sólo formalmente, toda vez que su evaluación se aleja del desarrollo que la misma ha tenido en el derecho internacional, construyéndola a su antojo —y verificando únicamente las referencias a la CDN durante el proceso legislativo, que es con lo que el TC parece contentarse. El voto concurrente identificado, que construye de alguna forma más acertada los estándares del derecho del niño, vuelve, sin embargo, a los mismos errores en que incurrió el modelo tutelar sobre el cual —y en contra del que— se estructuró la CDN. Finalmente, en PAE, el TC tuvo entre manos un caso de características similares a los que en el derecho comparado han servido para avanzar la titularidad de los niños y adolescentes sobre derechos constitucionales, su ejercicio autónomo, y su derecho a la vida privada. ¿Qué razones explican la cautela del TC? Quizás el hecho de que la píldora terminó siendo declarada, finalmente, inconstitucional, algo que en el derecho comparado no había ocurrido,¹³⁰ o el ejercicio de sus “virtudes pasivas”,¹³¹ de las que no siempre hacen gala.

3.2. Recursos de Protección

El recurso o acción de protección fue pensada como una acción informal que permitiera la defensa rápida de las personas que reclamaban la amenaza, perturbación o privación del ejercicio legítimo de sus derechos constitucionales.¹³² En efecto, el artículo 20 de la Constitución, que la consagra, no se refiere a formalidades. La situación cambió a comienzo de los 90 cuando la Corte Suprema regula la forma de presentación y tramitación del recurso por medio de un auto acordado, en 1992, cuando dispuso que el recurso se podrá interponer “por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex” (el destacado es nuestro).¹³³

Esto podría querer decir, primero, que nuestra Constitución reconoce titularidad y autonomía a nuestros niños y adolescentes para ejercer acciones de tutela de sus derechos constitucionales y, segundo, que es posible encontrar una amplia variedad de acciones de protección presentadas por adolescentes en ejercicio de su capacidad procesal cons-

¹³⁰ Curiosamente porque a los adultos, y a los adolescentes, también se les reconoce el derecho a la vida privada, el que abarca la posibilidad de tomar decisiones relativas a la procreación.

¹³¹ Alexander M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term*, 75 HARVARD LAW REVIEW 40 (1961).

¹³² Antecedentes en JOSÉ CEA, 2 DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO: DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS 628-30 (2004); JUAN ERIZÁURIZ Y JORGE OTERO, ASPECTOS PROCESALES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN 15-9 (1989); Humberto Nogueira, *El Recurso de Protección en Chile*, 3 ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL 157, 161 (1999); Lautaro Ríos, *El Recurso de Protección y sus Innovaciones Procesales*, 20 REVISTA CHILENA DE DERECHO 453, 453 (1993).

¹³³ Corte Suprema, *Sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales* (D. Of. 27.06.1992).

titucional. Sí a la primera pregunta, no a la segunda. La razón puede deberse a que las relaciones sociales sobre las cuales se estructuran las relaciones entre padres e hijos en Chile son de aquellas en que los padres, generalmente, aparecen hablando por sus hijos. Así, en casi todos los recursos que se revisarán a continuación (i) los recurrentes son los padres actuando en nombre de sus hijos, (ii) reclamando, además, la violación de sus (propios) derechos constitucionales.¹³⁴

Libertad de expresión.

En materia de libertad de expresión nos encontramos con una serie de casos en que se reclama violación, perturbación o amenaza de dicha libertad al interior de establecimientos educacionales (o con motivos de la relación educacional), cuando éstos sancionan formas de expresión (que van desde el uso del pelo largo a la participación en movilizaciones) contrarias a los reglamentos escolares. Ello obliga a que las decisiones judiciales que se comentan ahora, contengan referencias (casi ineludibles) a la libertad de enseñanza y el derecho a la educación —muy en línea con la decisión del TC en JEC.

En 1999, el Liceo San Francisco de Asís de Arauco canceló la matrícula de tres de sus estudiantes, según sostuvo la recurrente, pues “son médicos que tienen recursos suficientes para trasladar a sus hijos a otro colegio”.¹³⁵ Aquí la madre recurre demandando la vulneración de sus derechos, y los de sus hijos. El Liceo recurrido sostuvo que, tratándose de un colegio particular subvencionado, podía escoger a sus estudiantes libremente. La Corte de Apelaciones de Concepción argumentó que el Liceo “no ha dado ninguna razón de fondo para excluirlos del Colegio como podrían ser, por ejemplo, no acatar las reglas del Establecimiento, vulnerar la disciplina, no cumplir los apoderados con puntualidad sus obligaciones económicas para con el colegio ...”¹³⁶ La ausencia de razones, junto al excelente rendimiento académico de los estudiantes, llevó a la Corte a sostener que los recurridos basaban su decisión de no renovar las matrículas únicamente en la autonomía de la voluntad contractual que —aseguraron— prohíbe que las personas sean obligadas a contratar cuando no lo quieren. La Corte se pregunta si la renovación de los contratos de prestación de servicios educacionales es una decisión que pueda depender de la sola voluntad de una de las partes. Descansando en la teoría del abuso del derecho (c. 4), concluye que resulta “incuestionable que quien matricula a un hijo en un colegio, lo hace considerando un grupo de factores que estima fundamentales para la formación integral de ese hijo, de tal suerte que entiende que si el Colegio lo acepta contrae, a lo menos tácitamente, el compromiso de mantener la matrícula hasta el término normal de sus estudios...”¹³⁷ Sin embargo, el colegio puede esgrimir

¹³⁴ En el período 1990-1998, los padres recurren a favor de sus hijos en 89 oportunidades —solo superados por personas que recurren a favor de terceros (302) y quienes lo hacen a título individual (2.733). GASTÓN GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECURSO DE PROTECCIÓN 597 (2005).

¹³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol No 199, 24 de febrero, 1999.

¹³⁶ Id., c. 1.

¹³⁷ Id., c. 5.

“razones justificadas para modificar esa realidad, razones que en el caso *sub lite* no se han invocado por el establecimiento recurrido”.¹³⁸ La decisión carece de referencias a los derechos del niño, y prácticamente todo el razonamiento se desarrolla en torno a los derechos patrimoniales de los padres.

Los conflictos que se analizan a continuación, en los que hay establecimientos educacionales involucrados, plantean la necesidad de evaluar si acaso los estudiantes pueden invocar en su favor el ejercicio legítimo de derechos constitucionales para transformar las decisiones de cancelación de matrículas o sanciones en acciones arbitrarias o ilegales. Dicho de otra forma, si el colegio esgrime su reglamento y los hechos que configuran una hipótesis de infracción al mismo, lo que queremos evaluar es qué ocurre cuando esas infracciones coinciden con el ejercicio legítimo de libertades y derechos constitucionales.

Luego de las movilizaciones estudiantiles de 2006 varios colegios tomaron medidas disciplinarias en contra de los estudiantes que participaron en ellas. La razón, en general, es que los estudiantes que participaron en las movilizaciones se habían involucrado en actividades ajenas al quehacer estudiantil, infringiendo los reglamentos escolares. Los recursos fueron presentados, nuevamente, por los padres de los estudiantes involucrados y en escasas ocasiones se hizo referencia a los derechos y a las libertades involucradas.¹³⁹

En el caso del recurso de protección interpuesto en contra del Colegio Carolina Llona de Cuevas,¹⁴⁰ la Corte descansó en el carácter pacífico de las movilizaciones, asignando a los estudiantes un rol fundamental en el contexto social de las mismas. Argumentó que los estudiantes se encontraban participando en marchas relevantes que no sólo redundarían en consecuencias para quienes participaban en ellas, sino que, en especial, para las generaciones futuras.¹⁴¹ Así hizo referencias a movilizaciones pasadas: “[es] pertinente recordar que históricamente numerosos movimientos estudiantiles han sido el motor de cambios y evoluciones sociales, siendo las tomas una de las formas que tradicionalmente se han utilizado por los alumnos, lo cual puede parangonarse con los movimientos huelguísticos en materia de derecho laboral y particularmente, del área sindical, que están legalmente reconocidos”.¹⁴²

Sostuvo que las sanciones eran arbitrarias pues se imponían sobre estudiantes a modo de reproche por haber participado “en un legítimo acto de protesta, no violento y que, por lo tanto, no ameritaban dicha reacción o al menos, no en la intensidad en que ésta se produjo”.¹⁴³ En el derecho comparado las cortes han estado mucho más dispuestas

138 *Id.*

139 En general, los recursos se justificaban en la violación de los derechos que surgen del contrato de prestaciones de servicios educacionales sobre los cuales se reclamaba propiedad. Una parte importante de estos recursos los comentó uno de nosotros en UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS 2008 64-8 (2008).

140 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 5.717-2006, 12 de diciembre, 2006.

141 *Id.*, c. 5.

142 *Id.*, c. 8.

143 *Id.*, c. 5.

a proteger la libertad de expresión de los estudiantes cuando están involucrados en actividades políticas que cuando pretenden la protección de un discurso sin mensajes —digamos— relevantes.¹⁴⁴ La Corte Suprema revocó la decisión argumentando que de los antecedentes recopilados aparece claro que fue “necesario que personal de la Vigésimo Quinta Comisaría de Carabineros de la Comuna de Maipú detuviera a los alumnos en cuyo favor se recurre por esta vía, dentro del establecimiento educacional recurrido, el cual tenían ocupado ilegalmente”, (c. 3) considerando la sola actuación de Carabineros como suficiente para calificar la conducta de los estudiantes como disruptiva.¹⁴⁵ Afirmó que “no puede sino concluirse que los hechos antes descritos constituyen actividades reñidas con la conducta que debe observar un alumno dentro de un establecimiento educacional y que son contrarias al Reglamento de Convivencia Escolar que los rige”,¹⁴⁶ no sin antes representarles a los recurrentes el hecho de constituir un sector minoritario dentro del establecimiento y sin preguntarse sobre la afectación de derechos constitucionales a partir de reglamentos establecidos con conductas genéricas, vagas e imprecisas.¹⁴⁷

Un tercer grupo de casos se decidió en contra del Liceo José Victorino Lastarria. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió las acciones en primera instancia en que los padres —otra vez— recurrían a favor de un número de sus hijos —46 estudiantes.¹⁴⁸ Citando la CDN la Corte sostuvo que el Liceo recurrido había afectado los derechos de los estudiantes a la propiedad, a la igualdad y a un debido proceso, señalando que, de acuerdo a aquélla, “los Estados Partes de la Convención [deben] adoptar todas las medidas que sean adecuadas ‘para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.’”¹⁴⁹ limitando, claramente, las facultades sancionatorias de los establecimientos. Junto con criticar la indeterminación de las faltas contenidas en el reglamento escolar (vaguedad de las imputaciones), calificó de ilegal y arbitrario el acto que ordenaba la cancelación de las matrículas.¹⁵⁰ Establecidas la ilegalidad y la arbitrariedad del acto, la Corte afirmó que los estudiantes se han visto privados de su derecho a la igualdad, al ser perseguidos selectivamente y sin criterios razonables que permitan comprender su “imputación” (c. 13); de propiedad sobre diversas facultades (c. 14); y del derecho a un debido proceso,

¹⁴⁴ ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 496-8 (2005).

¹⁴⁵ El hecho no carece de importancia. Durante 2008 se conoció de una peculiar práctica de intervención de funcionarios de Carabineros en las movilizaciones estudiantiles. En vez de detener legalmente a los estudiantes, tomaban a los líderes (legalmente) detenidos, y los “esparcían” por Santiago para descabezar los movimientos. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, INFORME, *supra* nota 139, pp. 70-2.

¹⁴⁶ Corte Suprema, Rol No 37-2007, 30 de enero, 2007.

¹⁴⁷ En efecto, de acuerdo al artículo 6° de la Constitución, las disposiciones de la Constitución obligan a toda persona, institución y grupo, mientras que —como vimos antes— la libertad de enseñanza, sobre la cual se erigen los reglamentos de convivencia interna, también posee límites que observar y, en todo caso, debe ser siempre ponderada con los demás derechos constitucionales con los que puede entrar en conflicto. Sobre los reglamentos internos, en particular, y sobre la falta de adecuación de los mismos a los estándares constitucionales véase Lidia Casas y Jorge Correa, *Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de los estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de Educación Básica y Media: diagnóstico y caracterización del problema*, 1 REVISTA DERECHOS DEL NIÑO 173 (2002), en especial pp. 218-22 (sobre ausencia de participación en la elaboración de los reglamentos; la irrelevancia de los fines de los proyectos educativos en su diseño; la ausencia de reconocimiento de derechos; desproporcionalidad de las sanciones; y la ausencia clara de las conductas sancionables, entre otros puntos).

¹⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 5.589-2006, 19 de enero, 2007.

¹⁴⁹ *Id.*, c. 6 A.

¹⁵⁰ *Id.*, c. 9 A, B y C.

extensivo para todas aquellas hipótesis en que se vaya a aplicar una sanción (c. 15). En su voto concurrente el ministro Carlos Cerda incorporó referencias a la libertad de expresión y al contexto social en que se desarrollaron las movilizaciones, señalando que los estudiantes, por el solo hecho de serlo, no se despojan de sus derechos constitucionales en la puerta de entrada del colegio.

Junto con reconocer la titularidad de derechos constitucionales a los estudiantes, en específico de la libertad de expresión,¹⁵¹ sitúa sus reclamos en el contexto de demandas sociales y políticas. La Corte Suprema confirmó la decisión, pero sólo sobre la base de la violación del derecho a la igualdad ante la ley —que se habría visto afectado al aplicarse sanciones sólo a quienes aparecían sindicados como dirigentes del movimiento.¹⁵²

En Valparaíso los estudiantes también recibieron el respaldo de la Corte de Apelaciones, al acoger el recurso que un grupo de estudiantes había interpuesto contra el director del Liceo “Santiago Escuti Orrego”.¹⁵³ Los estudiantes no reclamaron la violación de la libertad de expresión, sino de la igualdad, del debido proceso, del derecho de los padres a escoger el establecimiento de educación de sus hijos, del derecho a la educación y del derecho de propiedad. Acá los alumnos fueron representados por un estudiante de Derecho que actuó a nombre de aquéllos. La razón por la cual se acoge el recurso fue la violación de los principios del debido proceso, principalmente por no haber sido escuchados en el proceso de imposición de las sanciones.¹⁵⁴ En otro caso, varios estudiantes que habían participado en movilizaciones y que fueron expulsados interpusieron un recurso de protección en contra del Colegio “Miguel Luis Amunátegui”.¹⁵⁵ Esta vez los estudiantes recurrieron personalmente junto a sus padres y reclamaron directamente la violación de su derecho a emitir opinión y de informar. Junto a ello, argumentaron la violación del debido proceso (en especial por la falta de proporcionalidad de las sanciones), de su derecho a la educación y del derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos. El recurso fue rechazado pues, en concepto de la Corte, la medida disciplinaria se habría adoptado en razón de los antecedentes académicos de los estudiantes y no por el hecho de que éstos hayan tomado parte en movilizaciones estudiantiles —tal como había argumentado la dirección del establecimiento, por lo demás, al momento de expulsar a los estudiantes.¹⁵⁶

Finalmente, un recurso de protección es rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago, a favor del Colegio (recurrido) “Benjamín Vicuña Mackenna”. De acuerdo a los

Id., c. 12: “Parece al autor de esta prevención que es ésta la manera correcta de poner en el sitio que corresponde a la libre manifestación de ideas que garantiza el apartado 12° del consabido artículo 19 de la Carta Fundamental y que, no hace falta convencer, es consubstancial a una república democrática.

El ejercicio de ese derecho no queda reservado a los adultos. A los niños se lo consagra el artículo 12 de la Convención pertinente”.

Corte Suprema, Rol No 852, 28 de mayo, 2007. “[H]abiendo participado un número indeterminado de alumnos en los actos de ocupación de que se trata, se decidió sancionar sólo a una minoría, sin que se hubiese determinado en forma previa, ni conste de los antecedentes, el grado de participación que en los mismos a cada uno le cupo que ameritara tal sanción. Siendo así, el acto resulta a todas luces arbitrario” (c. 5).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol No 377, 20 de septiembre, 2007.

154 Id., c. 3.

155 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 3.321-2007, 25 de septiembre, 2007.

156 Id., c. 2.

recurrentes (los padres de los estudiantes, en esta ocasión), sus hijos habrían sido vulnerados en su derecho a la igualdad, su derecho de propiedad y su libertad de expresión —de nuevo.¹⁵⁷ Según la Corte —y al menos en esta descripción lleva razón— para que un recurso de protección sea acogido, los recurrentes, quienes reclaman la vulneración de sus derechos (o, como en este caso, de otras personas a cuyo nombre se recurre), deben encontrarse ejerciendo legítimamente un derecho.¹⁵⁸ La Corte concluyó que acá no lo hacían, señalando que se trataba sólo de un grupo minoritario de estudiantes,¹⁵⁹ que voluntariamente se había puesto al margen de la ley puesto que “no existe texto legal ni doctrina alguna que legitime una ‘toma.’” La acción de los recurrentes no sólo fue calificada de ilegal (“no hay texto legal”), sino que, además, de arbitraria. En efecto, la Corte sostuvo que los estudiantes no tenían ningún motivo para reclamar en contra de su establecimiento.

El último caso que repasamos sobre libertad de expresión no se refiere a las movilizaciones estudiantiles, aunque se encuentra de alguna forma relacionado. Se trata de un estudiante de 15 años deseoso de “prestar un servicio a la comunidad escolar y de aportar al mejoramiento de su colegio” —según asevera su madre recurriendo a su nombre.¹⁶⁰ El adolescente, señala la recurrente, lleva adelante su obra por medio de la citación a reuniones y la difusión de material relativo a las reformas propuestas a la educación pública chilena. Al momento de ir a pagar la renovación de la matrícula, el director del Liceo “Experimental Artístico y de Aplicación de Antofagasta” les informó que ésta no se renovaría pues su hijo estaba más interesado en desarrollar actividades políticas en el establecimiento que en sus estudios. La recurrente reclamó la violación de los derechos a la igualdad y a la propiedad, de su hijo, y el derecho a elegir el establecimiento de su hijo —en su caso particular.

El colegio confirmó la versión de la recurrente al señalar que la no preocupación del estudiante por su educación “se puede observar con un conjunto de propaganda utilizada durante todo el año, y que demuestran desarrollar inquietudes políticas partidarias más que intereses estudiantiles del nivel que cursan los alumnos de la enseñanza media”¹⁶¹ (mensajes como “Contra la educación de mercado, contra la Loce de Pinochet y su hermana, la L.G.E. del negocio transparente de la Concertación y la Derecha. Ni Loce ni L.G.E. Luchemos contra la precarización de la educación, el trabajo y el arte).¹⁶² La Corte citó el inciso 2° del artículo 6° de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, el cual dispone que “[l]os establecimientos o instituciones educacionales, cuya enseñanza sea reconocida oficialmente, no podrán

¹⁵⁷ Los recurrentes señalaron que en este caso la libertad de expresión se había exteriorizado en la forma de las manifestaciones relacionadas.

¹⁵⁸ Esto es lo que dispone el artículo 20 de la Constitución.

¹⁵⁹ Id., c. 2 (De los hechos del recurso “aparece que un grupo de alumnos, evidentemente minoritarios dentro del colegio y liderados por los recurrentes, a raíz de una supuesta ‘votación democrática,’ decidieron y materializaron una ‘toma’ del establecimiento educacional al que pertenecían, poniéndose así voluntariamente al margen de la Ley y de los Reglamentos por los que se rige el colegio”).

¹⁶⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No 36, 6 de marzo, 2009.

¹⁶¹ Id.

¹⁶² Id.

orientarse a propagar tendencia político partidista alguna”.¹⁶³ La Corte no entiende que se trata de una disposición destinada a la configuración de los proyectos educativos de los establecimientos educacionales, pero que no puede imponerse a los estudiantes, por lo que esa disposición no resuelve el caso presentado. Y como no lo hace, la Corte fija su atención en el reglamento interno del colegio, sin analizar la amplitud de las causales ni los procedimientos contenidos en él, para terminar concluyendo que “no se advierte que hubiera existido de parte del Director del Liceo Experimental Artístico, algún acto u omisión arbitrario o ilegal”.¹⁶⁴ La Corte Suprema va a revocar la decisión,¹⁶⁵ señalando que no hay elementos que permitan probar la existencia de actos de indisciplina de parte del estudiante. Además, “la [sola] circunstancia de que el ‘Manual de Convivencia Escolar’ del colegio recurrido autorice la caducidad de la matrícula en casos de suma gravedad luego de oír al consejo de profesores de curso o al consejo general de profesores y que el contrato de prestación de servicios educacionales fue suscrito sólo por el año lectivo 2008, no son razones jurídicas que puedan justificar el cese de la relación educativa”.¹⁶⁶

La Corte califica las acciones del estudiante como manifestaciones de la libertad de expresión que la Constitución asegura a todas las personas, señalando que la única motivación del colegio —analizadas las excelentes calificaciones y asistencia del estudiante— fue contravenir dicha libertad.¹⁶⁷ Esa limitación es arbitraria, pues “no es razonable expulsar de alguna comunidad a una persona a causa de que ésta sustente ideas que se califican de contrarias a los valores que reconoce la entidad, entre otras razones, porque se la excluye no obstante el derecho de expresión que le asiste”.¹⁶⁸

Como se aprecia, la Corte Suprema avanza un argumento que no se había atrevido a sostener en los casos sobre movilizaciones estudiantiles. En los recursos que rechazó sobre las movilizaciones, la Corte —salvo en los casos detallados— no estuvo dispuesta a aceptar el carácter expresivo de esos actos ni a escrutar la constitucionalidad de las cancelaciones de matrícula, bastándole sólo verificar (i) la existencia de un reglamento escolar, (ii) sin importar la amplitud de sus causales ni (iii) la discrecionalidad de procedimientos (cuando los hay) y decisiones. Acá, en cambio —y en línea con el argumento sostenido en derecho comparado¹⁶⁹— argumenta sobre la base de la especial protección que el discurso de crítica política (y el discurso político, en su más amplia acepción¹⁷⁰) posee. Esto no quiere decir que los demás discursos carezcan de protección en el especial contexto educacional pues, como se ha señalado, niños y adolescentes no dejan sus derechos constitucionales en la puerta de entrada de los establecimientos.

¹⁶³ Ley 18.962 (D. Of. 10.03.1990).

¹⁶⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No 36, *supra* nota 160, cs. 3, 4 y 5.

¹⁶⁵ Corte Suprema, Rol No 1.740, 23 de abril, 2009.

¹⁶⁶ *Id.*, c. 2.

¹⁶⁷ *Id.*, c. 3.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ BARENDT, FREEDOM OF SPEECH, *supra* nota 144.

¹⁷⁰ Bobbio, por caso, señalaba que la política se refiere “a todo lo relativo a la ciudad, es decir, ciudadano, civil, público y, por lo tanto, sociable y social ...”, lo que abre considerablemente el ámbito de discursos protegidos bajo la fórmula discurso político. Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política* 175 (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello trads., Editorial Trotta 2003).

Derecho a la educación, autonomía, libertad de enseñanza y sanciones disciplinarias

En un segundo grupo de casos, la doctrina de nuestras cortes ha sido igual de variante, aunque algo más consistente a favor de los colegios. Este tipo de casos ya no involucran la libertad de expresión —o no lo hacen directamente— y se refiere a las situaciones más comunes que suelen presentarse en los establecimientos educacionales: facultades disciplinarias de los colegios versus comportamiento de los estudiantes.

Un caso paradigmático en este sentido lo representan aquellas situaciones que Gómez denomina como relativas a “exigencias de presentación personal —vestimenta, corte de pelo, muestra de afecto”,¹⁷¹ entre otras. En 1998 un padre presentó una acción de protección en contra de un establecimiento educacional. Reclamó que las exigencias del colegio relativas a la presentación personal (prohibiendo, entre otros, el uso del pelo largo y aros, en hombres, y el uso de tinturas para el pelo, en mujeres) implicaban una invasión en la vida privada de sus hijos, así como una afectación de su derecho preferente a educar a sus hijos.¹⁷² La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso en primera instancia, señalando que las exigencias en cuestión no aparecían detalladas en el reglamento.¹⁷³ Pese a que la libertad de enseñanza implica que el Estado reconoce a los educadores plena libertad para ejercer su cometido garantizando la calidad de la enseñanza, ello en caso alguno significa que sólo los particulares que deciden ejercer la mencionada libertad posean derechos. Con referencia expresa a la CDN, la Corte argumentó que “el niño tiene derecho a recibir educación... y agrega que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación y que dicha responsabilidad incumbe primero a sus padres”.¹⁷⁴ Esta referencia nos permite reconocer el principio que guía la decisión de la Corte: el del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, antes que la titularidad de derechos constitucionales de los mismos estudiantes, como si el principio del interés superior del niño se configurara desde fuera de éstos —y con exclusiva referencia a los deseos de los padres.¹⁷⁵ Así, concluye afirmando que las exigencias en cuestión son “intrascendente y del todo ajeno al fin perseguido por la educación, porque tales convenciones sociales o modas corresponden evidentemente a la vida privada de los individuos y en el caso de autos y atendida la edad y condición de educandos, son de responsabilidad de sus padres...”¹⁷⁶

La Corte Suprema va a revocar la decisión reconociendo una amplísima libertad para la configuración de los proyectos educativos particulares, “que no se refiere sólo a determinar

¹⁷¹ GASTÓN GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECURSO DE PROTECCIÓN 189 (2005).

¹⁷² Lo que explica, en parte y además de lo dicho anteriormente, que acá el padre recurra por sus hijos.

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol No 8.589, 28 de julio, 1998, c. 2.

¹⁷⁴ *Id.*, c. 7.

¹⁷⁵ En este sentido, Jaime Couso, *Moda, Libertad de Expresión y Derechos del Niño en la Educación en Chile*, en REVISTA DERECHOS DEL NIÑO, N°1, UNICEF-Universidad Diego Portales, pp. 309, 312-5 (2002).

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol No 8.589, *supra* nota 173, c. 8.

los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios y valores que la inspiran y en los objetivos que pretende”.¹⁷⁷ Agrega que esa libertad les permite “imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos”, lo que va configurando la deseable pluralidad que garantiza —*de verdad*— el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos.¹⁷⁸ No está en lo cierto la Corte. La pluralidad educacional se promueve desde el Estado al no existir modelos educativos únicos, pero el pluralismo no es la garantía que concretiza la libertad de los padres para escoger el establecimiento educacional para sus hijos.¹⁷⁹ Como ha señalado Fernando Atria, la libertad de los padres para escoger el establecimiento educacional de sus hijos se protege justamente en el caso inverso: cuando se disminuye o se escruta estrictamente la discrecionalidad del establecimiento para expulsar a sus estudiantes.¹⁸⁰

Lo que este tipo de casos sugiere es un tipo de debate mucho más transversal a la moda y a las exigencias de presentación personal: ¿qué tan intensas pueden ser las regulaciones disciplinarias de los establecimientos educacionales? Nuestras cortes se han puesto, claramente, del lado de la libertad de enseñanza, la que ha servido para que los colegios puedan reclamar su derecho a escoger los estudiantes con los cuales quieren desarrollar su “proyecto educacional” y, también, para poder deshacerse de los estudiantes indeseables, sea por sus propias características, sea por las de sus familias.¹⁸¹

En 2003 el Colegio Franciscano María Reina canceló la matrícula de una niña de 6 años. Habiendo sido sorprendida comiendo goma de mascar en clases, la profesora comunicó esto a su madre en la libreta de comunicaciones. La alumna, ante el temor de ser regañada por su madre, arrancó las hojas. El establecimiento argumentó que, de acuerdo al contrato de prestación de servicios educacionales, es facultativo para éste el decidir perseverar, habiendo decidido, en este caso, no hacerlo (i) en virtud de las faltas graves y reiteradas de la estudiante (de 6 años) y (ii) de la nula contribución de los padres al proyecto educativo del colegio.¹⁸² La Corte de Apelaciones va a acoger el recurso, señalando que “no existe antecedente en autos que acrediten que la apoderada de Natalia ... haya incurrido en las conductas que ameritan imponer la máxima sanción que en definitiva se impuso, esto es, que haya ocasionado conflictos o problemas por tener actitudes como las que se describen en la norma a que se hace alusión [El apoderado que ocasione conflictos o

177 Corte Suprema, Rol No 2.670, 30 de septiembre, 1998, c. 9.

178 *Id.*, cs. 12 y 13.

179 GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES, *supra* nota 171, p. 344 (reclamando, acertadamente, que la Corte confunde pluralidad educacional con la libertad).

180 FERNANDO ATRIA, MERCADO Y CIUDADANÍA EN LA EDUCACIÓN 14-9 (2007).

181 *Id.*, p. 235. En contra de la facultad de las cortes revisando límites constitucionales a los controles disciplinarios, Rodrigo Correa, *Derechos Constitucionales*, 1 REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, pp. 585-6 (2004). Correa afirma que las cortes tienen la facultad de revisar solo la legalidad, en el caso de los establecimientos educacionales privados, no pudiendo esperar que “se conviertan en paneles de revisión de medidas disciplinarias conforme a los estándares disciplinarios establecidos por todo tipo de asociaciones”.

182 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 5.854, 17 de febrero de 2003. “Los padres de Natalia no se interesaron en la educación de su hija sino hasta el momento en que se les notificó la no renovación de la matrícula, lo que implica que no cumplieron con el compromiso que asumieron”, reclamaron los recurridos.

problemas como: actitudes despectivas, irónicas o prepotentes con cualquier miembro de la comunidad escolar, deberá dejar su cargo de apoderado, nombrando a otra persona en su reemplazo. En caso de persistir estos conflictos, no le será renovado el convenio de matrícula”.¹⁸³ Además, sostuvo que el mismo reglamento limita la aplicación de las sanciones al seguimiento de un procedimiento que en este caso no se ha implementado (c. 8), por lo cual la imposición de la sanción de cancelación de matrícula es arbitraria. Va a agregar, finalmente, que considerando que la educación está destinada a “que el niño pueda desarrollarse en forma integral mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, capacitándosele para convivir y participar en la comunidad en forma responsable y activa... en forma continua y durante el transcurso de todas las primeras etapas de su vida”, los establecimientos no pueden invocar la autonomía de la voluntad contractual a su antojo para limitar dicho proceso.¹⁸⁴ En cambio —advierte la Corte—, pueden invocar dicha autonomía de no perseverar si es que “se configur[a]n las causales que se establezcan expresamente en el reglamento respectivo”.¹⁸⁵ Por lo tanto, concluye la Corte, el colegio ha violado el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional que estimen conveniente para la educación de sus hijos.¹⁸⁶

La Corte Suprema va a revocar la decisión argumentando que el colegio ha actuado legal (citando las normas sobre educación vagamente) y razonablemente (sin indagar sobre si los hechos justifican la medida). Si bien —agrega la Corte— no es necesario indagar sobre la supuesta infracción a garantías constitucionales, decide darse el lujo de agregar que “la libertad de un ciudadano de escoger determinado establecimiento de enseñanza para sus hijos, no significa que dicho establecimiento está en la obligación de recibirlo ni tampoco mantenerlo en él, a menos que se pacte lo contrario. En este caso el derecho de elección de los padres entra en colisión con el derecho del establecimiento de consagrar causales de rechazo, y el uno no tiene por qué primar respecto del otro”.¹⁸⁷

Esta es la jurisprudencia que se ha confirmado en decisiones de reciente pronunciamiento.¹⁸⁸ Si la Corte Suprema no está dispuesta a substituirse en la aplicación del reglamento, ni a medir su intensidad ni razonabilidad, ¿está dispuesta a acoger las acciones cuando el reglamento contenga disposiciones que violen o se aplique afectando derechos constitucionales? En el caso de estudiantes embarazadas, desde el año 1991 y hasta el año 2000, regía la Circular No 247,¹⁸⁹ sobre el ingreso y permanencia de estas jóvenes

¹⁸³ *Id.*, cs. 6 y 7.

¹⁸⁴ *Id.*, c. 13 (“Los padres... al celebrar un determinado contrato de prestación de servicios educacionales adquieren el derecho a exigir al establecimiento educacional la renovación del respectivo contrato al año siguiente...”).

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Id.*, c. 14.

¹⁸⁷ Corte Suprema, Rol No 894, 8 de abril, 2003, c. 11.

¹⁸⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 8.372, 3 de febrero, 2006, c. 11 (“[C]ierto es que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, pero éste no es un derecho absoluto, y debe estarse al cumplimiento de los reglamentos del colegio o establecimiento, en su caso”). Corte Suprema, Rol No 3.354, 25 de septiembre, 2006, c. 4 (de la normativa constitucional y legal “no emana la exigencia u obligación para que algún establecimiento de enseñanza deba recibir a cualquier alumno y mantenerlo en sus aulas”).

¹⁸⁹ Ministerio de Educación, 27.02.1991.

en establecimientos educacionales. La Circular intentaba impedir actos discriminatorios de esta índole, ordenando que las estudiantes que se encuentren en estado de gravidez terminaran sus estudios en el mismo establecimiento en que se encuentran inscritas con la calidad de alumnas regulares. Pese a ella, los establecimientos seguían reclamando la autonomía constitucional para definir sus proyectos educacionales y —en línea con la jurisprudencia relatada hasta ahora— para definir sus propios reglamentos internos.¹⁹⁰

En 1997 la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó un recurso de protección interpuesto por una estudiante de 15 años y con 6 meses de embarazo, cuya matrícula fue cancelada. El recurso fue presentado por los padres de la estudiante, en su favor, quienes reclamaron la violación del derecho a la igualdad de ésta, así como la libertad para escoger el establecimiento educacional para sus hijos, en su caso. El colegio argumentó que la medida se adopta en virtud del reglamento interno del establecimiento, destinado a “mantener una situación de equilibrio entre los educandos para que éstos se desarrollen en marcos éticos y morales...”¹⁹¹ El tribunal confirmó la medida señalando que, de acuerdo al reglamento del colegio, es cierto que las alumnas que sean madres no podrán renovar su matrícula. Examinada la constitucionalidad de la disposición reglamentaria, la Corte concluyó que no infringía la igualdad ante la ley pues el reglamento se aplicaba a todos los estudiantes por igual¹⁹² —sugiriendo, quizás, la Corte, que la prohibición se aplicaba a los estudiantes hombres también—, que el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional de sus hijos debe ejercerse dentro de los límites establecidos por las propias instituciones.¹⁹³ La Corte Suprema confirmó la decisión. El posterior litigio internacional comenzado por la recurrente y sus padres terminó con medidas de reparación del Estado chileno que incluyeron —entre otras— la reforma al artículo 2° de la LOCE que desde entonces dispone que ni la maternidad ni el embarazo podrán ser impedimento para el ingreso o mantención en los establecimientos educacionales.¹⁹⁴

En 2008, la Corte de Apelaciones de Santiago debía pronunciarse sobre el caso de una alumna que fue sorprendida con una cámara fotográfica al interior de un establecimiento educacional, en circunstancias que el reglamento interno lo prohibía. De acuerdo al mismo, además, se le permitía al colegio requisar la cámara y devolverla posteriormente a los apoderados de la estudiante; la inspectora fue más lejos y revisó el contenido de la cámara. Al revisar las fotografías, la inspectora se encuentra con imágenes que califica de “pornográficas”, lo que configura una causal grave que le permite al establecimien-

¹⁹⁰ El entonces rector de la Universidad de los Andes, Raúl Bertelsen, por caso, alegó que dicha autonomía le permitía definir con plena libertad el reglamento interno del establecimiento. El reglamento, que contenía disposiciones generales sobre sanciones a quienes incurrieran en conductas “que atente[n] contra la moral y las buenas costumbres” así como en “actuaciones moralmente censurables”, había servido de base para suspender por un año —a modo de sanción— a una estudiante soltera que había quedado embarazada luego de tener relaciones con su pareja. Bertelsen, el mismo que se opuso, primero a través de un informe en derecho y luego como juez del TC, a la distribución de la denominada ‘pildora del día después,’ argumentó que la sanción se aplicaba no por tratarse de “un simple embarazo, sino [por] la actividad sexual de una mujer soltera que ha derivado en ello, hecho impropio y que consideran que para la moral cristiana es grave...” Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema acogieron el recurso de protección presentado por los padres de la estudiante, calificando la suspensión como arbitraria. Corte Suprema, Rol No 20.123, 28 de diciembre, 1992.

¹⁹¹ Corte de Apelaciones de La Serena, Rol No 21.633, 24 de diciembre de 1997.

¹⁹² *Id.*, c. 3. ¹⁹³ *Id.*, c. 5.

¹⁹⁴ Ley No 19.688 (D. Of. 5.08.2000).

to cancelar la matrícula de la estudiante. Los padres, que recurren a favor de su hija, reclaman la violación del derecho a la privacidad de ésta, y de su libertad a escoger el establecimiento educacional para su hija. La Corte de Apelaciones acoge el recurso en primera instancia,¹⁹⁵ mientras la Corte Suprema, una vez más, va a revocar la decisión. En una decisión de media plana, la Corte va a argumentar que el colegio está legalmente facultado para dictar y aplicar los reglamentos internos (c. 1), siendo razonable la medida, además, pues se ha adoptado “en consideración el contexto de la conducta reprochada a la alumna, sus efectos en la comunidad escolar y la situación personal de aquélla, lo que los llevó a concluir que atentaba contra el proyecto educativo y formativo que el establecimiento promueve”.¹⁹⁶

Libertad de culto: el caso de los niños testigos de Jehová

En el derecho nacional los casos que involucran niños y adolescentes testigos de Jehová se han referido, principalmente, a la posibilidad de decidir sobre su salud (y vida, finalmente) sobre la base de sus propias convicciones religiosas. En 1992, la Corte de Apelaciones de Copiapó acogió un recurso de protección presentado por el director del Hospital de Copiapó. En la acción se solicitaba a la Corte ordenar la transfusión de sangre de un joven de 20 años, quien se negaba al tratamiento —junto a su familia— basado en su libertad de culto. La Corte, para acoger el recurso interpuesto a favor y en contra del joven, sostuvo que no era necesario arriesgar la vida del paciente innecesariamente y que el paciente, una vez que solicitaba la intervención médica para recuperar la salud, se sometía a las decisiones del médico.¹⁹⁷ Se inaugura, así, una doctrina bastante consistente de nuestras cortes al respecto —con algunos cambios que se han comenzado a evidenciar, como anotaremos hacia el final de esta sección.

En 1999 el director del Hospital Luis Calvo Mackenna recurrió de protección a favor (y en contra) de un niño y sus padres, todos testigos de Jehová, quienes se opusieron a las transfusiones de sangre ordenadas por el equipo médico. La Corte acogió el recurso, ordenando la transfusión de sangre sin realizar consideración alguna frente a las preferencias religiosas del niño.¹⁹⁸ Sostuvo que “la negativa de los padres a reponer la sangre perdida pone en grave peligro su vida [la de su hijo] y es ilegal porque priva de la integridad física y de la vida a una persona”, todos ellos derechos garantizados por la Constitución. Sin indagar

¹⁹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 3.620, 31 de julio, 2008, cs. 18 y 19 (argumentando que “esta Corte no comparte el criterio del recurrido sobre que la inspectora... pueda requisar y revisar el contenido interno de la información privada que se guarnece dentro de una máquina fotográfica de cualquier alumna, a lo sumo sus facultades llegan hasta retirar la máquina y ponerla a disposición de los padres, con el debido resguardo de los datos, sin por ningún motivo enterarse de su contenido).

¹⁹⁶ Corte Suprema, Rol No 4.877, 4 de diciembre, 2008, c. 2. El voto disidente del Ministro Pierry destaca que la fotografía en cuestión no es otra cosa que “una broma entre estudiantes, quizás de mal gusto y grosera, pero que además de no constituir ‘material pornográfico’ no se difundió entre los alumnos, ya que permanecía como imagen en la cámara fotográfica de la alumna expulsada”. C. 5 de la disidencia. El Ministro no se preocupó, tampoco, de la privacidad de las imágenes contenidas en la cámara, pero también es cierto que la Corte no se encargó de definir el supuesto carácter pornográfico de la imagen.

¹⁹⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol No, 3.569, 24 de marzo, 1992, c. 7.

¹⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 3.618, 20 de octubre, 1999.

mayormente en las preferencias del niño (por ejemplo, éste podría querer la transfusión) —y en los antecedentes no existe evidencia de que ello haya ocurrido— la Corte centró su atención en la conducta de los padres que calificó de “manifiestamente ilegal... [al] atenta[r] en contra de la integridad física de la vida del menor de que se trata”.¹⁹⁹

En 2001 la Corte de Apelaciones de San Miguel vuelve a acoger un recurso de protección presentado a favor (y en contra) de un niño de 13 años y sus padres. Sostuvo, para ello, que “constituye una obligación de los médicos tratantes del menor en cuyo favor se recurre procurar por todos los medios y técnicas ... mantener la vida y salud del paciente, practicándose las transfusiones de sangre en los términos que corrientemente se precisan y administran para la enfermedad y complicación de la entidad que el enfermo padece, en las ocasiones en que ello sea necesario, *incluso contra la voluntad de éste (que en el presente caso es un menor de edad)* y de sus familiares, que por motivos de la fe religiosa que profesan se oponen en aceptar este tratamiento médico. Ello, por cuanto debe primar la preservación de la vida y salud del paciente por sobre cualquier otra clase de consideraciones, aun de orden religiosa, que la pongan en riesgo” (el destacado es nuestro).²⁰⁰

La Corte sugiere claramente que los niños se encuentran incapacitados para manifestar su opinión y ejercer su libertad de culto. De hecho, la Corte siquiera se preocupó de evaluar el grado de madurez del niño para poder expresar sus intereses. Un año más tarde, la Corte de Apelaciones de Iquique debe decidir un caso que presenta características un tanto diversas. Y ello porque acá son los padres los que recurren en contra del centro hospitalario, demandando la posibilidad de que su hijo —afectado de graves quemaduras— “recibiera curaciones de su abuela materna, sea fuera del recinto hospitalario, o al interior de él, porque en su cultura existe un conocimiento ancestral de prácticas curativas, hoy denominadas como medicina indígena, altamente efectivas y probadas en diversas quemaduras”.²⁰¹ La Corte de Apelaciones rechazó el recurso —decisión luego confirmada por la Corte Suprema, argumentando que “el accionar de los médicos tratantes y del Director del Hospital Regional, no ha sido ni arbitrario ni ilegal, por cuanto todas sus acciones estuvieron orientadas a lograr la recuperación del menor... mediante tratamientos destinados a preservarle la vida y cuyo diagnóstico y tratamiento está entregado por nuestra legislación vigente a los profesionales médicos, de tal manera que procede rechazar el recurso interpuesto, en cuanto se estima vulnerado” el derecho a la vida.²⁰²

En lo referente a la libertad de conciencia y culto, también invocada por los recurrentes, la Corte afirmó que “de acuerdo con lo manifestado por los médicos tratantes, se está frente a un caso médico debidamente analizado en que las quemaduras eran de tal riesgo para la vida del niño y estaba expuesto a contraer infecciones, frente a los cuales los

199 *Id.*, c. 3.

200 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol No 297, 2001, c. 5.

201 Corte de Apelaciones de Iquique, Rol No 39.162, 27 de diciembre, 2002.

202 *Id.*, c. 4.

padres del menor pierden la autonomía de decidir, y será el médico tratante quien asuma la representación para hacer el tratamiento clínico que corresponda”.²⁰³ Sin embargo, no resulta del todo claro qué quiere decir la Corte acá. Si una persona se encuentra en una situación médica grave, ¿pierden sus familiares directos toda posibilidad de decidir respecto a los tratamientos médicos a que debe sujetarse? Si quien está grave es un niño, ¿pierden los padres ese derecho? ¿Lo pierde el niño mismo (en caso de poder adoptar sus propias decisiones? Si se consideran los efectos acotados de las decisiones judiciales y del recurso de protección, uno tendría que concluir que este razonamiento se refiere únicamente a personas graves que no pueden manifestar su propia voluntad, caso en el cual sus familiares directos —incluso sus padres, como acá— quedan privados de la posibilidad de decidir su suerte médica. El caso es más complejo cuando se trata de adultos o de niños y adolescentes capaces de manifestar su propia opinión, y en el caso de situaciones médicas igualmente graves, pero donde los tratamientos se prolongan en el tiempo (i.e. cáncer).

Las decisiones anteriormente reseñadas no hacen otra cosa que confirmar la tendencia de nuestras cortes en orden a considerar que el derecho a la vida es uno de carácter absoluto y de jerarquía superior cuando se lo compara con los demás derechos constitucionales.²⁰⁴ Los casos sugieren, además, que si bien las cortes han estado dispuestas a conceder (y no podría haber sido de otra forma) titularidad de derechos constitucionales a niños y adolescentes, se encuentran mucho más indispuestas a reconocerles la capacidad de poder ejercer autónomamente esos derechos. Es cierto que los recién reseñados son casos, digamos, ‘sensibles’ para nuestros jueces, y frente a esos casos ‘sensibles’ nuestros jueces han sido capaces de olvidar sus argumentos anteriores y de acomodar otros nuevos.²⁰⁵ Pero el hecho mismo de que las acciones de protección estén configuradas acá sobre la base de presentaciones “a favor” y “en contra” de una misma persona es razón suficiente para concluir que, al menos respecto al derecho a la vida, y siendo irrelevante que su titular sea niño, adolescente o adulto, se encuentra proscrita la posibilidad de reclamar ejercicio autónomo: el director del hospital, el rector de la universidad, el alcalde, y cualquier persona, puede solicitar al Estado definir por mí (y por los niños y adolescentes) el ejercicio de derechos, eliminando —o restringiendo severamente— cualquier forma de autonomía.²⁰⁶ Quisiéramos sugerir que, a este esquema, contribuye la forma en que se presentan las acciones de protección: cuando son los padres quienes recurren *actuando a*

²⁰³ *Id.*, c. 5.

²⁰⁴ GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES, *supra* nota 171, pp. 251-2.

²⁰⁵ Sobre la forma dispar en que la Corte enfrentó, en un período de tiempo relativamente breve, dos casos bastante similares sobre derecho a la vida, decidiendo uno en un sentido y el otro en uno muy diverso, véase Jorge Contesse y Domingo Lovera, *Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/SIDA: Éxitos sin victoria en Chile*, 8 SUR-REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, pp. 148, 160 (2008).

²⁰⁶ Gastón Gómez ilustra un interesante caso, donde la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso justamente porque con la fórmula “a favor y en contra” no logran configurarse los supuestos constitucionales de la acción: “Esta cautela... sólo es eficaz cuando una persona es afectada en el ejercicio de su derecho por acto u omisión arbitrario de otra, lo cual impide su aplicación cuando se confunden en un mismo individuo la persona que ocasiona el mal con la que lo soporta”. GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES, *supra* nota 171, p. 265. En efecto, este argumento no responde a las razones por las cuales las cortes debieran restringir la utilización de la fórmula “a favor y en contra” en el caso de los demás derechos.

nombre de sus hijos, pues resulta evidente que la Corte se verá tentada a determinar si en última instancia se está protegiendo el ejercicio autónomo de los derechos constitucionales del niño o los propios del padre o la madre.

Lo anterior no quiere decir que no existan casos en que esta confusión (o imposición) de intereses padres/hijos puede producirse y deba rechazarse: ello ocurrirá toda vez que el niño esté incapacitado (no patrimonialmente) para poder manifestar su opinión y mantener sus propias convicciones. La Corte de Apelaciones de Copiapó sostuvo que “[l]as decisiones que los padres adopten en materias religiosas respecto de sus hijos son válidas y, por ende, deben ser respetadas y protegidas por el ordenamiento jurídico, mas no son absolutas y tienen como límite, en lo que nos interesa, el derecho a la vida y a la salud física y psíquica. Luego, tratándose del no nato, existiendo protección constitucional que debe valorarse, como se vio, a la luz de los derechos de la madre, conforme a lo señalado, debe convenirse que, la práctica de convicciones religiosas, de igual modo en el caso anterior, no autorizan para poner en riesgo la vida del que está por nacer”.²⁰⁷ En sentido similar decidió la Corte de Apelaciones de Rancagua, respecto a un infante de menos de un mes de vida que había nacido prematuramente. Para la continuación de los tratamientos médicos los doctores estimaban absolutamente necesaria la transfusión de sangre, a la cual se negaban los padres del menor, arguyendo su religión. La Corte sostuvo que “[p]or sobre cualquier objeción de conciencia que pudiera asistir a los padres de un menor —por muy dignos de respeto que sean—, no puede dejarse de lado que ellos son personas distintas al menor, quien es un ser único y autónomo, a cuyo respecto sus padres tienen el deber fundamental de velar por su bienestar y, si su decisión se contrapusiera al interés del niño, pudiendo ella incluso llegar a poner en peligro su vida, corresponde que la Corte, obedeciendo el imperativo llamado contenido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, acoja la acción de protección, adoptando las medidas necesarias para amparar el interés superior del niño, representado, en la especie, por su legítimo derecho a recibir la asistencia médica necesaria y oportuna para seguir con vida y poder gozar de todos y cada uno de los derechos inherentes a su calidad de persona”.²⁰⁸ Como decimos, en estos casos acoger los recursos parece justificado, aun cuando la amplitud de los argumentos —como hemos visto— permite que estos mismos sean utilizados para negar la libertad de culto al niño en condiciones de manifestar su propia opinión, construyendo el interés superior del niño *desde* fuera de él.

Conclusiones

Del análisis de las acciones de protección, parte importante de ellas en el contexto de la relación estudiante-colegio, hemos podido verificar que (i) los padres aparecen casi

²⁰⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol No 230, 9 de agosto de 2008.

²⁰⁸ Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol No 1.034, 2008, c. 1.

exclusivamente actuando en nombre de sus hijos e hijas y (ii) reclamando la violación de derechos constitucionales de éstos y éstas, pero configurados desde aquéllos. En efecto, en casi todas las acciones analizadas los padres comparecen judicialmente a nombre de sus hijos, lo que trae como consecuencia que el interés superior del niño, considerado como la posibilidad de ejercer autónomamente derechos constitucionales, sea construido sin su participación —a menos que asumamos que los padres han consensuado con sus hijos las estrategias judiciales. De hecho, de los recursos analizados en la relación estudiante-colegio puede aprenderse que los padres reclaman invariablemente el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos, como si la infracción de derechos constitucionales de los cuales son titulares sus hijos afectara, más que los derechos de los niños y adolescentes, el suyo propio a ejercer esa libertad.²⁰⁹

Con todo, resulta relevante, al menos en cuanto concierne el punto de partida de este análisis, el hecho de que (iii) las cortes reconocen a niños y adolescentes titularidad sobre derechos constitucionales. Y ello, aunque evidente al amparo del texto constitucional, debe destacarse. Sin embargo, (iv) las cortes no han tenido la posibilidad de enfrentarse a casos en que los propios niños y adolescentes reclaman la violación de sus derechos. Sin estos casos la evaluación queda trunca: carecemos de elementos que nos permitan determinar si las cortes, junto con reconocer la titularidad de derechos, estarían dispuestas a aceptar el ejercicio autónomo de derechos. Con todo, los casos sobre testigos de Jehová, por ejemplo, sugieren algo: que niños y adolescentes no son lo suficientemente razonables como para escoger y practicar su propia religión. Finalmente, (v) cabe anotar las escasas referencias al interés superior y otras referencias a la CDN.

En el caso de las acciones de protección intentadas en contra de establecimientos educacionales, específicamente, y por tratarse de un tema siempre presente, es preciso destacar que los puntos de atención de nuestras cortes se han centrado en: (i) verificar la existencia de reglamentos escolares; (ii) verificar si los hechos descritos (en la acción de protección o en la contestación de éstos) caen dentro de las causales de incumplimiento de los deberes estudiantiles que ameritan; (iii) y evaluar la proporcionalidad de las sanciones, aunque esto último en menor medida, y de manera muy restringida.

4. Conclusiones

El presente trabajo ha pretendido explorar el perfil constitucional del niño en Chile. El modelo, según expusimos en la segunda sección, es uno en que el niño aparece revestido de la titularidad de derechos, así como de la facultad (que le reconoce el sistema jurídico) de ejercer esos derechos autónomamente, y en la medida que su capacidad aumenta

²⁰⁹ Esto es algo que resulta especialmente evidente en el caso analizado sobre exigencias de presentación personal, donde la prohibición de llevar el pelo largo —entendieron los padres recurrentes, en ese caso— antes que afectar el derecho a la vida privada *de* su hijo afectaba su libertad de escoger el establecimiento educacional *para* sus hijos.

progresivamente. Un primer mito a derribar, junto con tratarse de una conclusión constitucional equivocada, y sin referencia en el texto de la Constitución, es el de conferir el ejercicio autónomo de derechos constitucionales a niños y adolescentes únicamente a partir de la mayoría de edad patrimonial.

La tercera sección indagó en los casos constitucionales en que se ha definido titularidad y ejercicio autónomo de derechos constitucionales. Mientras nuestra jurisprudencia ha ratificado la titularidad de derechos, patrones culturales (a los niños hay que protegerlos), así como prácticas bien asentadas en nuestra comunidad (padres reclamando *por* sus hijos, muchas veces *sin éstos*), han impedido que se les reconozca la facultad de ejercerlos autónomamente. Conspira a lo anterior el hecho de que nuestras cortes y Tribunal Constitucional en escasas ocasiones hagan referencias a los estándares del derecho internacional desarrollados en materia de derechos del niño e infancia. Y cuando lo hacen, como vimos en *LRPA*, se hace de forma incorrecta. ¿Hay razones para confiar en que este panorama puede cambiar? Decisiones más recientes, revitalizadas en una justicia de familia que comienza a ejercer y a tomarse más en serio el rol del niño como sujeto de derechos, permiten augurar un buen pronóstico. Sin embargo, ello no dispensa a las cortes de apelaciones y Tribunal Constitucional de su deuda.