RIESGOS CONSTITUCIONALES: TEMAS QUE PROBABLEMENTE SERÁN EXCLUIDOS EN UNA EVENTUAL NUEVA CONSTITUCIÓN

DERECHO A LA VIDA, DERECHOS DE LA FAMILIA, LIBERTAD RELIGIOSA Y DERECHO PREFERENTE DE LOS PADRES DE EDUCAR A SUS HIJOS*

Resumen: Entre otros puntos[1], tenemos certeza moral (consideramos que la probabilidad es altísima) de que una nueva Constitución no va a incorporar ciertos puntos centrales para un orden político justo, relacionados con el derecho a la vida, los derechos de la familia, la libertad religiosa y el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos. Esta certeza no procede de la mera opinión ni de una intuición difusa, sino de lo que podemos inferir ciertos de factores muy concretos: 1) el momento cultural en que se encuentra Chile; 2) los movimientos sociales que han surgido con una fuerza tremenda; y 3) por las respuestas que a nivel legislativo el sistema político está dando a las demandas sociales. A todas estas cosas debe sumarse el hecho de que los acuerdos exigirán un quórum de 2/3, por lo que es altamente improbable que exista un consenso tan amplio en las materias en cuestión. A esta certeza moral debe agregarse el riesgo que importa el partir de cero (la famosa "hoja en blanco") con un afán refundacional que pretende cambiar todas las estructuras sociales.

- **Derechos naturales: el derecho a la vida, los derechos de la familia, la libertad religiosa, el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos y la libertad de emitir opinión en la Constitución actual:**
  - **Derechos naturales:** La Constitución actual establece, en diversas disposiciones, el principio de la primacía de la persona humana, reconociendo que el Estado está a su servicio y su fin es promover el bien común (art. 1°, inc. 4°). Además, reconoce como límite a la soberanía "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y que es deber del Estado "respetar y promover tales derechos" (art. 5° inc. 2°). Esto quiere decir que **los derechos no son una concesión graciosa que depende de la mera arbitrariedad del gobierno de turno**, sino que los tienen las personas por naturaleza, y son algo que el Estado debe reconocer, no que se "consagra", "establece" o "crea". Entre otros, la Constitución reconoce los siguientes derechos:
    - **El derecho a la vida** (art. 19, N°1): significa que toda persona puede exigir que se respete su propia vida y su integridad física y psíquica. Este derecho incluye hoy, en el inciso segundo, la siguiente frase: **"la ley protege la vida del que está por nacer"**. Por este artículo, por ejemplo, se tiene que interpretar y aplicar la ley de aborto en tres causales como excepcional y restringida (y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional[2]).

---

* Minuta redactada por Vicente Hargous en enero y febrero de 2020. Contacto: vhargous@comunidadyjusticia.cl / +56996615294.

[1] Tenemos una minuta sobre otros temas no negociables relacionados con el derecho de propiedad que también serán probablemente excluidos en la nueva Constitución (obviamente, lo más probable es que no se excluya el derecho de propiedad mismo, pero sí de algunos mecanismos que lo protegen), en caso de que gane en el plebiscito la opción por el "apruebo".

[2] STC, Rol N°5572-18-CDS. Al respecto, es especialmente ilustrativa la explicación del Ministro Juan José Romero: "Sin desconocer que la STC 3729/2017 no es de fácil comprensión, dada la dispersión de votos y argumentos, **la mayoría de este Tribunal consideró, al final, que abortar seguía siendo un delito**, pero que en tres tipos de casos no cabía sancionar penalmente la interrupción abortiva del embarazo. Es decir, se estimó que estas últimas constituyen conductas permitidas. En definitiva, se concluyó que el único equilibrio constitucionalmente tolerable es uno en que la **autorización de prácticas abortivas tiene un alcance restringido** y el ejercicio de la objeción de conciencia tiene

- **La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público** (art. 19, N°6): lo que más resumidamente se llama libertad de culto significa que toda persona puede exigir no sólo respeto por sus creencias, sino también por sus manifestaciones exteriores en público y en privado, sean individuales o colectivas. Se incorpora aquí incluso una disposición relativa a los derechos que tienen las iglesias respecto de sus bienes. La libertad religiosa ha sido en EE.UU. el principal límite frente a la ideología de género que busca imponerse por la fuerza sobre quienes no la comparten.
- **El derecho a la educación** (art. 19 N°10): en el inciso tercero se señala que "**los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos**. Corresponderá al Estado otorgar especial protección a este derecho": esto significa que todos los padres pueden y deben educar a sus hijos según sus propias convicciones y creencias, así como también hacer que sus hijos estudien en los colegios que sean de su preferencia, sin que el Estado pueda entrometerse contra la voluntad de los padres. Este derecho de los padres prohíbe al Estado enseñar contenidos contrarios a lo que los padres quieren; por ejemplo, frente a programas de educación sexual contrarios a una antropología adecuada sostenida por los padres, podrían eventualmente estos hacer valer este derecho para proteger a sus hijos.
- **"La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales**. / **La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. / La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna**. **Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos"** (art. 19 N°11): Significa que todas las personas pueden no sólo decidir en qué creer y cómo educar a sus propios hijos, sino que además pueden abrir establecimientos educacionales según el ideario que estimen conveniente. Hoy existe libertad para abrir establecimientos educacionales, aunque enseñen cosas distintas de las que establece el Ministerio de Educación. Esta libertad es un derecho fundamental reconocido para todas las personas e incluye la libertad de contenidos que dentro de cada establecimiento educacional se puede enseñar.
- "**La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio**, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. / La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social" (art. 19 N°12): Esto significa que toda persona puede expresar su propia postura acerca de la verdad de un determinado tema, sin que pueda ser censurado por el Estado o por terceros. Hoy podemos manifestar opiniones sin censura previa, aunque están prohibidos ciertos abusos (como las injurias y calumnias). En otros países se ha estimado que esta libertad tiene como límites los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales, según la interpretación de los organismos

---

un alcance amplio". Por mucho que consideremos que la ley de aborto es injusta e inconstitucional, no podemos negar tampoco la utilidad de la Constitución vigente para restringir sus efectos, así como también la imposibilidad de la aprobación de una eventual ley de aborto libre, sin previa modificación de esta norma constitucional.

internacionales, por lo que se prohíben opiniones distintas en materias de ideología de género, por ejemplo. No ocurre así con la Constitución actual.

- "**El derecho de asociarse sin permiso previo**. / (…) **Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado**. / **Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias** ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana. (…) **Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional**. La Constitución Política garantiza el **pluralismo político**. **Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política**. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad" (art. 19 N°15): Esto significa que toda persona puede asociarse a otras con un determinado fin, para de esta manera contribuir desde el mundo privado al bien común. Sin embargo, esta norma constitucional estableció ciertos límites y reglas especiales para el caso de asociaciones políticas. Existen fines que no están incluidos en este derecho, y otros que tienen ciertas limitaciones: se prohíben organizaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad interior del Estado; las organizaciones que realicen actividades partidistas sin ser partidos políticos también están prohibidas, porque eso politizaría las actividades no partidistas de otras organizaciones. Además, se prohíben en nuestra Constitución los partidos totalitarios, antidemocráticos o que promuevan la lucha como medio de acción política.
- **Estos derechos sólo pueden limitarse parcialmente, pues está prohibido afectarlos en su esencia, y en todo caso, esto sólo es posible mediante una ley**: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio" (art. 19 N°26).

- **Factores que nos permiten inferir que tales derechos serán eliminados**
  - **Factor cultural:** Los tiempos en que vivimos mueven a las sociedades en un sentido cada vez más laicista, hedonista, progresista y erotizado. Hemos visto procesos muy fuertes de cambio en todo occidente. Basta con pensar que en menos de 100 años Holanda pasó de ser un país cristiano muy practicante a ser un país en extremo liberal y progresista. También se puede ver que hace sólo 20 años el matrimonio natural era reconocido como tal en todo el mundo (es decir, no existía ninguna ley de matrimonio homosexual en el mundo): el primer país en promulgar una fue Holanda (2001); España tuvo la suya el 2005, Noruega el 2009 y Argentina 2010; Alemania y Australia tienen una recién desde el año 2017; Reino Unido (a escala nacional) la tuvo recién este año (2020); Suiza, China y

Japón aún no tienen una[3]. A esto se suma una cantidad enorme de novelas, series y películas que transmiten mensajes o ideas pro-lobby LGBTI.

- **Factor dogmático-jurídico:** Dado que la doctrina nutre de contenido a los tribunales y a las legislaciones —influyendo cada vez más también las doctrinas, legislaciones y jurisprudencia comparadas— este es un factor que probablemente llegue a influir en las disposiciones nuevas que serán incorporadas en una eventual nueva Constitución. Al respecto, la naturaleza de estas letras nos obliga a referirnos sólo a dos puntos: el positivismo jurídico y la presunta autonomía y los supuestos derechos sexuales que tendrían los niños.

  Aunque no nos detendremos aquí en detalle, estamos seguros de que el *reconocimiento* de que los derechos los tienen las personas por naturaleza será eliminado, pues la mayoría de las facultades de Derecho y de los jueces son positivistas jurídicos (es decir, forman parte de aquella corriente jurídica que considera que no existen derechos naturales ni una justicia objetiva —previa a la ley—, sino que todo derecho es fruto de la convención, es decir, son otorgados por las leyes, que representarían acuerdos sociales).

  En segundo lugar, respecto de la infancia, entre los derechos reconocidos por la Convención de Derechos de los Niños está el derecho a la identidad (que comprendería la orientación sexual, como ha destacado el Comité de Derechos del Niño[4], y la identidad sexual[5]), entendida bajo la óptica del principio de no discriminación. Esta interpretación sobre los elementos del derecho a la identidad se asume en las interpretaciones de los tribunales de DDHH[6], de los Comités de DDHH[7] correspondientes y de diversos organismos e instituciones de Naciones Unidas[8], además de parte de la doctrina[9]. Espejo y Lathrop sostienen que los "intereses de terceros [, sean personas contratantes o miembros del entorno familiar,] no pueden restringir ilegítimamente estos derechos

[3]Cfr.es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Situación_de_las_uniones_entre_personas_del_mismo_sexo_en_el_mundo, consultado el 07-02-2020, a las 16:06 hrs.

[4] Comité de Derechos del Niño (en adelante, CDN), Observación General (en adelante, OG) 14, párr. 55.

[5] En un sentido semejante Benavente, Pilar (2013): "Identidad y contexto inmediato de la persona (Identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°17, pp. 105-161, p.107, y Espejo, Nicolás & Lathrop, Fabiola (2015): "Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2, pp. 393-418, p. 396, quienes asumen expresamente la postura de Benavente.

[6] Por ejemplo, en Corte interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párr. 91, se dice: "la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención".

[7] Cfr. CDN, OG 14, párr. 55.

[8] Puede verse, por ejemplo, Informe España sobre derechos humanos y discapacidad-2015, Elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos. Informado por el Comité de Apoyo del CERMI para la Convención de la ONU el 15 de enero de 2016. Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal de 3 marzo de 2016, p. 174. La cualidad de ser sujetos de derechos, según dicho informe, debe garantizarles a los niños protección plena de sus derechos a verse "libres de violencia sexista" y de "estereotipos", y a que se les garanticen sus derechos sexuales y reproductivos.

[9] Por todos y con abundantes referencias: Espejo, Nicolás & Lathrop, Fabiola, "Identidad de género…", *op. cit.*, p. 396-397. También en Mariana De Lorenzi, *El sistema de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina*, en "Estudio sistemático de la Ley 26/2015, pp. 1179-1198 (hemos tomado el texto de la versión web: https://2019-vlex-com.pucdechile.idm.oclc.org/#/search/jurisdiction:ES/%5Bautonom%C3%ADa+progresiva%5D/p2/WW/vid/753078105#/search/jurisdiction:ES/[autonom%C3%ADa+progresiva]/p2/WW/vid/753078105, consultado el 11 de junio, a las 15:26 hrs.), se señala que los derechos de los niños comprenden la temática de género.

fundamentales del ser humano"[10] (i.e. el derecho a la identidad, incluyendo la identidad de género), y los niños son seres humanos. Corresponde al Estado no sólo reconocer este derecho, sino también garantizar su observancia[11]. En la jurisprudencia española se ha llegado a afirmar que el principio del interés del menor se debe considerar absoluto y, en consecuencia, superior a *cualquier* otro principio o derecho (incluyendo los de los padres)[12].

Es altamente probable que los derechos que una eventual nueva Constitución establezca tengan como referencia lo señalado en documentos de organismos y tribunales internacionales; es más, lo más probable es que se haga una remisión explícita a los tratados internacionales de derechos humanos y a estos organismos y tribunales.

- **Factor de movimientos ciudadanos en Chile:** los movimientos en las calles que hemos visto desde el comienzo de la crisis por la que estamos pasando han tenido un elemento nuevo (en comparación, por ejemplo, con el movimiento "de la chaucha"), de naturaleza orgiástica, carnavalesca, emocional, generacional y pulsional, adjetivos todos usados por Carlos Peña[13]. Plaza Ñuñoa es un claro ejemplo de cómo este movimiento no busca sólo mejoras de índole económica. Otro tanto ocurre con el lamentable y vergonzoso evento que tuvo lugar afuera de la casa central de la Pontificia Universidad Católica de Chile[14]. Parece obvio que los ánimos de los miembros de una eventual convención constituyente se plegarían a estos ánimos progresistas.

- **Precedentes del sistema político y en particular del Congreso Nacional:** Al menos desde el año 2010, y especialmente desde la composición actual del Congreso y de la anterior, se ha presentado una cantidad enorme de proyectos de ley que atentan

[10] Espejo, Nicolás & Lathrop, Fabiola, "Identidad de género…", *op. cit.*, p. 397

[11] Cfr. *Ibíd.,* p. 408. y CDN, OG 12, párr. 18. La misma interpretación se aprecia en Malin Hellmér: "La violencia contra los niños y niñas en el ámbito familiar: marco normativo internacional, europeo y español", Tesis Doctoral dirigida por Dr. Jorge Cardona Llorens, Universitat de Valencia, 2017, pp. 281-282, donde se concluye que la enseñanza en temas de derechos humanos (incluyendo los derechos a la autodeterminación sexual, a la identidad de género, etc.) no es una cuestión moral que pueda dejarse al arbitrio de los padres, y que es por ende obligatorio para el Estado garantizar dicha educación, incluso contra la voluntad de los padres. Dicho sea de paso, el profesor guía de esta tesis es miembro del CDN. El autor cita diversas sentencias del Tribunal Supremo Español (TSE) que acogieron esta tesis, una vez incorporada jurídicamente la idea de que los niños son sujetos de los derechos contenidos en los tratados internacionales, mecanismo jurídico que permitió al Estado obrar de oficio (con el concepto de posición de garante) con miras a la protección de los niños. El 11 de febrero de 2011 el TSE afirmó lo mismo, cfr. Medina González, S., Los Derechos de los Padres en el Sistema Educativo, Editorial Aranzadi, S.A.U, 2016, p. 112. También en STS núm. 565/2009, de 31 de julio de 2009 se afirma la subordinación del interés superior del NNA por sobre cualquier otro interés de terceros, incluyendo a los familiares.

[12] STS núm. 565/2009, de 31 de julio de 2009. Se afirma en esta sentencia que el derecho de los padres biológicos no es absoluto. Si bien en este caso concreto es razonable, la argumentación puede usarse para la vulneración del derecho a la identidad sexual del niño (de cualquier edad).

[13] Cfr. Entrevista a Carlos Peña, T13 (disponible en https://www.youtube.com/watch?v=rrtBEuUaDxM, consultado el 07-02-2020 a las 14:06 hrs.). Señala Peña en esta entrevista: "lo que yo he visto es una conmoción emocional. No he visto una agenda de reivindicaciones, no he visto un listado de ideas, no he visto ninguna orientación normativa, no, no. Lo que hemos visto es un espasmo violento que ha ocurrido en la sociedad chilena; y me parece que no hay que perder de vista eso. Que la sociedad chilena tiene problemas subyacentes no me cabe ninguna duda, pero creer que lo que acaba recién de ocurrir es la manera de poner a la vista de todos esos problemas subyacentes me parece un error. Lo que vimos fue un acto de violencia extendida simplemente, una rebelión contra las instituciones estatales… eso fue lo que vimos. Decir que eso es un movimiento ciudadano, como si estuviéramos en presencia del movimiento de los derechos civiles de Luther King, es simplemente una tontería (...). Yo vi más bien pandillas desordenadas, con actitudes carnavalescas, orgiásticas, huyendo de la policía (...)".

[14] Consistió este acto, difundido en redes sociales en torno al 24 de octubre del año pasado, en una "manifestación contra la dictadura sexual". Omitimos toda referencia debido a que el contenido es abiertamente pornográfico.

directamente, ya contra el orden natural de la familia, ya contra el derecho a la vida, ya contra indemnidad sexual de los niños. En la práctica se les da más prioridad a estos proyectos que a los demás, o se usan como moneda de cambio para que avancen proyectos de índole económica. Sin ir más lejos, hoy en el Congreso se están tramitando los siguientes proyectos de ley: 'matrimonio' homosexual (boletín 11.422-07; dicho sea de paso, acaba de aprobarse en general en el Senado), aborto libre (boletín 11.964-11), educación sexual (hay muchos, todos muy negativos; uno de los boletines es 12.734-04), eutanasia (boletín 9.644-11; también había más de cinco proyectos, aunque se refundieron), violencia contra la mujer (boletín 11.077-07; este proyecto distorsiona el lugar de la mujer en la familia y en la sociedad, viéndola como estructuralmente opuesta al hombre), filiación lésbica (boletín 10.626-07), adopción (este proyecto incluye adopción por parte de parejas homosexuales, boletín 9119-18), estatuto integral contra la violencia de niños (boletín 12416-31; un proyecto que busca darle más autonomía a los niños, pasando por encima de la patria potestad), garantías de la niñez (boletín 10.315-18; también este proyecto ve a los niños como absolutamente autónomos, pasando por encima de la patria potestad), incitación a la violencia y al odio (boletín 11.424-17; este proyecto limita el derecho de emitir opinión sobre ciertas materias, incluyendo discursos contrarios a la ideología de género), para derogar la objeción de conciencia institucional respecto del aborto (boletín 11.653-11). Además, acaba de aprobarse el protocolo facultativo CEDAW (que le da más atribuciones al Comité CEDAW, organismo que ha dado abundantes muestras de tergiversar el contenido de la Convención, dándole un significado progresista).

- De todos estos factores se desprende que podemos tener certeza moral de que los mecanismos constitucionales para proteger estos principios naturales (la vida, la familia, la patria potestad, la libertad religiosa y la libertad de enseñanza, principios todos que no son negociables) quedarán fuera de una nueva Constitución, con lo cual probablemente pasen a ser materias de simple ley, con todo lo que eso implica. Al menos, la probabilidad de que eso ocurra es altísima. De todos los riesgos que conlleva el cambio de Constitución, estos son los que se muestran más factibles.

- **El error contractualista o el afán refundacional:** Los ánimos de las protestas han expuesto la supuesta necesidad de un "nuevo pacto social", donde se pueda "construir" de nuevo la sociedad chilena. Esto no sólo es peligroso, sino que representa un error de base, pues la sociedad no se "construye" desde cero, sino que ya existe, teniendo la autoridad el deber de reconocer y respetar sus estructuras, incluyendo las directrices que determinan lo que hace la vida buena del hombre (lo que hace a una persona ser buena persona, a un padre buen padre, a una madre buena madre, a un trabajador buen trabajador, a un ciudadano buen ciudadano…). Pretender construir la sociedad y fabricar a un hombre nuevo —desde una modificación de estructuras vacías, pero sin estar dispuestos a cambiar precisamente lo que está mal en el mundo, que es el propio corazón de cada uno[15]— no sólo es hacer violencia a la naturaleza de las cosas, sino que importa una negación de lo que somos y de aquello hacia lo que estamos llamados.

[15] Citando a Chesterton, podemos decir que "lo que está mal [en el mundo] es que nosotros no preguntamos qué está bien" (Cherterton, G.K., *What's wrong with the World*, I, 1, texto disponible en https://www.gutenberg.org/files/1717/1717-h/1717-h.htm, consultado el 07-02-2020, a las 15:5 hrs.).