**Sobre el Derecho y Deber Preferente de los Padres a Educar a sus Hijos**

[Comments on Parents Preferential Right and Duty to Educate their Children]

Sebastián Sandoval Ayala

Christopher Yeomans Bertora\*[[1]](#footnote-2)0

|  |  |
| --- | --- |
| ResumenEl presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis jurídico sobre el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos. Para ese propósito, se comenzará con un desarrollo preliminar sobre conceptos básicos y fundamentales para poder comprender la institución analizada, enmarcándola en el derecho a la educación. Luego, se procederá a realizar dos distinciones metodológicas: En primer lugar, la que existe entre la función personal y la función social del derecho a la educación y, posteriormente, la existente entre derechos y garantías. Con ello, se pretende demostrar que la institución en comento es una garantía orientada al desarrollo y ejercicio de la función personal del derecho a la educación.Palabras ClaveDerecho y deber de los padres a educar a sus hijos; derecho a la educación; garantías; Ley General de Educación; funciones de la educación.  | AbstractThis article presents a legal analysis on parents’ preferential right and duty to educate their children. To do so, we must develop basic and essential concepts that will allow a better understanding of said institution by placing it within the frames of the fundamental right to education; after which we will establish two methodological distinctions: the first one being between the personal purpose and social purpose of education; the second one, the distinction between rights and guarantees. Both points aim to demonstrate that the mentioned institution is guarantee, aimed to realize the personal purpose of the right to education. KeywordsParents’ preferential right to educate their children; parents’ duty to educate their children; right to education; guarantees; purposes of education; General Education Law. |

1. Introducción

A raíz de diversos sucesos acaecidos últimamente en nuestro país, el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos se ha tornado cada vez más aludido por diversos sectores en pugna sobre temas valóricos.[[2]](#footnote-3) Lamentablemente, creemos que este tema no ha sido abordado con la claridad y rigurosidad que merece, siendo utilizado el concepto de educación como si pudiese significar cualquier cosa. Frente a la falta de rigurosidad e imprecisión con la cual se menciona este concepto, creemos pertinente una aclaración jurídica, que explicite su significado concreto y su faceta de derecho fundamental. La tarea de esclarecer el contenido de este derecho es, por tanto, el tema al que habremos de abocarnos durante el desarrollo de este trabajo.

De este modo, pretendemos aclarar en qué contexto se sitúa este derecho, su alcance, limitaciones y otras consideraciones que estimamos esenciales para su adecuada comprensión. Así, entonces, con esta investigación esperamos aportar a la discusión, atendiendo a su exiguo manejo conceptual, y despejando prejuicios que puedan presentarse en esta materia.

Para lograr dicho propósito, estimamos que resulta acertado iniciar nuestro trabajo preguntándonos qué es el derecho a la educación y qué significa que este derecho sea un derecho fundamental y social. Luego, revisaremos el contenido de este derecho y, de conformidad a la Ley General de Educación, identificaremos las funciones que pueden reconocerse al derecho a la educación y las repercusiones que ello trae en el tema analizado. Teniendo claro el contenido del derecho a la educación, identificaremos el derecho y deber de los padres a educar a sus hijos como una garantía del derecho a la educación del menor en atención a su interés superior y revisaremos cuatro características destacadas de esta figura.

Como el proceso educativo supone la intervención conjunta de diversos actores (los padres, el Estado y los establecimientos educativos, entre otros), esperamos brindar claridad sobre el derecho de los padres a educar a sus hijos y cuál debiese ser su correcta relación con el derecho a la educación, del cual el menor es el titular.

1. ¿Qué es el Derecho a la educación?

Si nos preguntásemos qué es la educación, desde un plano jurídico, probablemente diríamos que se trata de un derecho fundamental y, si quisiésemos complementar aún más nuestra respuesta, añadiríamos que es de aquellos derechos fundamentales que se denominan sociales. Sin embargo, decir que la educación es un derecho fundamental de carácter social no responde completamente a la pregunta inicial por dos motivos. En primer lugar, se trata de una respuesta ambigua, esto porque los términos utilizados en su desarrollo no son, como podría pensarse para quien carezca de formación jurídica, conceptos unívocos o de significado único. Es más, ya el concepto de derecho entraña bastantes dudas, cuestionamientos y discusiones, más aún los de “derecho fundamental” o el de “derecho social”. En segundo lugar, se trata de una respuesta *vaga*, en el sentido de que no especifica lo que debe entenderse por “educación”, sino que se limita a adscribirla dentro de un universo complejo, el de los derechos fundamentales.

Para solventar los problemas de ambigüedady de vaguedad de nuestra respuesta inicial es necesario proceder, entonces, a dos operaciones específicas. En primer lugar, nos concentraremos en desarrollar lo que podemos entender por derechos fundamentales y por derechos sociales, de manera que estos conceptos dejen de significar una multiplicidad de elementos y se concentren en significados concretos y específicos. En segundo lugar, corresponde centrarnos en el desarrollo del derecho a la educación definiendo su contenido esencial. Una vez finalizadas estas operaciones creemos posible volver a dar la respuesta inicial sin que ésta sea vaga o ambigua, y nos permitirá construir una base firme para trabajar, con mayor precisión, la tesis central de este trabajo, a saber, que el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos debe entenderse como una garantía del derecho a la educación del menor.

1. *¿Qué es un Derecho Fundamental?*

Desde un punto de vista histórico, podemos partir señalando que los Derechos Fundamentales son una creación relativamente moderna,[[3]](#footnote-4) que comienza a desarrollarse en Europa durante la segunda mitad del siglo XX[[4]](#footnote-5), con la aparición de constituciones democráticas nacidas con posterioridad a las dos grandes guerras mundiales.[[5]](#footnote-6) Estas constituciones presentarán una serie de características propias y novedosas que darán lugar a una configuración jurídico-estatal específica: la del Estado Constitucional de Derecho.

Se trata, por cierto, de constituciones rígidas[[6]](#footnote-7) en el sentido de que guardan preeminencia con respecto a la ley ordinaria y que además requieren de mayorías determinadas para su modificación; son, además, constituciones que cuentan con determinados mecanismos de control legislativo,[[7]](#footnote-8) ya sea a priori (en abstracto) o a posteriori (en concreto), por lo general a cargo de un tribunal constitucional o supremo; en el mismo sentido, son constituciones que no se limitan a establecer declaraciones programáticas sino que, por el contrario, tienen fuerza vinculante e implican ciertos deberes relativos a la labor judicial, en particular, la de realizar una interpretación de la ley conforme a la norma constitucional;[[8]](#footnote-9) en relación con lo anterior, también se trata de constituciones que proveen un texto escaso o indeterminado[[9]](#footnote-10) y que, por lo tanto, admiten una interpretación diversa[[10]](#footnote-11) e incluso contradictoria.[[11]](#footnote-12)

Estas constituciones darán pie a un nuevo tipo de limitación a la actividad legislativa. Si durante el siglo XIX y principios del XX la actividad de los poderes públicos encontraba límites de corte formal,[[12]](#footnote-13) relacionados con el cumplimiento de determinados procedimientos de formación de la ley y ciertas reglas de competencia, durante la segunda mitad del siglo XX nos encontraremos con constituciones que limitan la actividad legislativa no solo desde un punto de vista formal, sino que también sustancial:[[13]](#footnote-14) existen materias sobre las que el legislador no puede decidir. Ya no se trata solo de un asunto de competencia o procedimental, se trata ahora de la existencia de un límite sustancial, establecido por los derechos fundamentales.[[14]](#footnote-15) Esta es precisamente la característica esencial del Estado Constitucional de Derecho: la de poseer una ordenación constitucional tal que permita limitar toda autoridad no solo desde una perspectiva formal sino también sustancial con base en los Derechos Fundamentales. Podemos decir, por tanto, que estos Derechos son Fundamentales en atención, por un lado, al lugar privilegiado que ocupan dentro de las constituciones de los ordenamientos jurídicos modernos y, por otro, en atención al rol que cumplen como limitantes de toda autoridad.

En segundo lugar, el Estado Constitucional de Derecho encarna también la realización y proyección de un cierto tipo de ideario o proyecto político.[[15]](#footnote-16) Este proyecto político de tipo transformador buscaría el desarrollo más amplio posible de la persona y, por tanto, la profundización de todos sus derechos. En este sentido se puede hablar de los derechos fundamentales como principios basilares de justicia,[[16]](#footnote-17) vale decir, como normas que dirigen el acontecer político y jurídico de la sociedad. De esta forma, se trata de derechos fundamentales también en cuanto dirigen la actividad legislativa y la concreción de ciertos objetivos propios de esta configuración estatal.

En tercer lugar, estos derechos son fundamentales en atención al objeto que ellos tratan. En este sentido, y siguiendo al jurista Gerardo Pisarello, podemos señalar que todos los Derechos Fundamentales pueden fundarse en “*la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas*”, vale decir, en su igual dignidad, seguridad, libertad y diversidad.[[17]](#footnote-18) Estos derechos se fundamentan entonces en lo que se conoce como el Principio de Igualdad, en el sentido de que todos seríamos igualmente titulares de los mismos derechos[[18]](#footnote-19) por gozar todos del mismo estatus jurídico: el de persona. Sobre este tipo de fundamentación existe un amplio debate que no es menester tratar aquí, sin embargo, creemos que no caben dudas de que, cuando se habla de los Derechos Fundamentales, se hace referencia a un objeto de suma importancia que determina la forma misma de la sociedad.[[19]](#footnote-20)

Dicho lo anterior, y a modo de resumen, los derechos de los que hemos estado hablando son fundamentales, en primer lugar, por ocupar un lugar preponderante en los ordenamientos jurídicos modernos, particularmente en la Constitución, y por limitar así el ejercicio de todo tipo de poder legislativo no solo desde un ámbito formal, sino que además desde un ámbito sustancial. En segundo lugar, son derechos fundamentales por dirigir o encarnar un proyecto político determinado que no es sino el propio proyecto de su desarrollo y profundización, y, por último, se trata también de derechos fundamentales en la medida de que su objeto determina la forma misma de la sociedad, pues será aquello que sea considerado como esencial para la persona.

1. *¿Qué significa que un Derecho Fundamental sea social?*

Cuando hablamos de derechos sociales, hacemos referencia a una cierta distinción que existe entre estos y los derechos civiles y políticos. Esta es, ciertamente, de las pocas certezas que podemos tener respecto a esta situación ya que, sobre las características que dividen a unos y otros, y sobre las consecuencias normativas que de ello derivan, existe una gran discusión.

Para abordar este debate, proponemos distinguir dos tesis diferentes y en abierta oposición. En primer lugar, podemos denominar a la primera como tesis del objeto diferente, en la medida en que realiza una separación entre ambos tipos de derechos basada en su objeto y la estructura que estos presentan. En cambio, podemos denominar a la segunda como tesis del objeto único, en la medida de que plantea que ambos tipos de derechos admitirían una fundamentación única e indivisible.

Desde la tesis de la diferencia de objeto, los derechos civiles harían referencia al ámbito más íntimo de la persona y tendría, por tanto, preeminencia por sobre los derechos sociales, que solo abarcarían facetas derivadas o consecuenciales. En este sentido, se suele resaltar el hecho de que los primeros habrían tenido un desarrollo anterior en el tiempo, mientras que los segundos solo se habrían desarrollado con posterioridad.[[20]](#footnote-21) Quienes comparten esta tesis, suelen señalar el hecho de que los derechos sociales no serían, hablando con propiedad, derechos, sino más bien expectativas programáticas que podrían hacerse valer en un futuro lejano,[[21]](#footnote-22) razón por la cual no admitirían justiciabilidad directa.[[22]](#footnote-23)

A lo anterior se sumaría el hecho de que los derechos sociales tendrían una estructura diferenciada en el sentido de que, para su garantía, se requeriría de la concreción de determinadas políticas públicas por parte del Estado y de ello derivaría que se trate de derechos “costosos” de satisfacer.[[23]](#footnote-24) Por contraposición, los derechos civiles y políticos estarían construidos sobre la base de expectativas negativas o de “no intervención”, de lo que surgiría un deber universal: no interferir. En este sentido, los derechos civiles y políticos serían derechos “baratos”, que no exigirían más que la no intervención del resto de la sociedad y por lo tanto admitirían justiciabilidad directa.

Por último, se suele señalar además que los derechos sociales serían derechos extremadamente abstractos,[[24]](#footnote-25) que no otorgarían claridad sobre quién estaría obligado y a qué estaría obligado, lo que evidenciaría, aún más, su diferencia con los derechos civiles y políticos.

Frente a esta tesis surge, sobre todo en la doctrina más moderna, la tesis de la unidad de los derechos, en el sentido de que todos los derechos, tanto civiles y políticos como sociales, admitirían una fundamentación única e indivisible,[[25]](#footnote-26) basada en lo más esencial de la dignidad humana y el principio de igualdad[[26]](#footnote-27). Para quienes comparten esta tesis, ambas clases de derechos se implican mutuamente siendo complementarios, y no es posible entender unos sin los otros.[[27]](#footnote-28) Además, suelen alegar que, o bien los derechos sociales no se han desarrollado con posterioridad a los derechos civiles o políticos,[[28]](#footnote-29) o bien que de este hecho no se deriva ninguna consecuencia relevante que pueda fundar una diferencia en el trato normativo.[[29]](#footnote-30)

Los que defienden esta tesis sostienen que no existe ninguna diferencia estructural entre ambos tipos de derechos, en el sentido de que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales requieren, para su completa satisfacción, tanto de prestaciones como de abstenciones.[[30]](#footnote-31) Así, por ejemplo, podemos consignar que el derecho a la propiedad privada no requiere solo de la abstención de interferir con la propiedad ajena, sino además requiere el desarrollo de todo un sistema de protección que va mucho más allá de lo netamente judicial, e implicaría la creación y mantención de gran parte del esquema penitenciario actual. Del mismo modo, los derechos sociales no exigirían solo prestaciones positivas o costosas desarrolladas mediante políticas públicas, sino que también podrían vislumbrarse situaciones en que requieran de deberes de abstención, como por ejemplo es el caso del derecho a la educación de aquél menor al que se le niega el acceso a su establecimiento educativo por no contar con su uniforme completo cuando dicha falta no se pueda imputar a su desidia o negligencia. En este sentido, tanto unos como otros podrían denominarse como “costosos” o “baratos” dependiendo de su manifestación concreta en cada caso.

Para quienes defienden esta tesis, la diferenciación entre la justiciabilidad directa de unos derechos y la imposibilidad de acceder judicialmente a la tutela de otros es más bien un resabio de otra época y no admitiría más justificación que una meramente ideológica, en el más claro sentido de carencia de fundamentación. Tanto unos derechos como otros tendrían que ajustarse a las mismas reglas relativas a su protección.

No son pocas las pistas que tenemos para suponer que nuestros constituyentes habrían preferido una tesis como la primera, en el sentido de que los derechos sociales quedaran relegados a expectativas programáticas y que su justiciabilidad no fuese posible de forma directa.[[31]](#footnote-32) La nota más distintiva de esta situación la encontraríamos, de manera precisa, respecto de la acción de protección y el tratamiento diferenciado que se da a los derechos civiles y políticos (todos incluidos directamente a su ámbito de protección) y los derechos sociales (que no admiten, en primera instancia, ser reclamados directamente por esta acción).[[32]](#footnote-33) Aún más, la distinción entre los derechos de libertad de enseñanza y del derecho a la educación como dos figuras autónomas e independientes, la primera protegida y la segunda excluida de la protección,[[33]](#footnote-34) es fiel reflejo de esta elección realizada por el constituyente.

Sin embargo, ello no quiere decir que el debate esté cerrado. Argumentar que un precepto constitucional deba ser interpretado de la forma en que lo habrían interpretado quienes redactaron la constitución es cerrar de plano toda posibilidad de avance normativo y dejar la Constitución como un constructo inerte e inadaptable a nuevas situaciones e interpretaciones más favorables a los derechos fundamentales.[[34]](#footnote-35) En este sentido, interpretar no es descubrir un significado pasado, adscrito por determinada persona en un momento dado a un texto determinado, sino más bien adecuación de dicho texto a una evolución social determinada.[[35]](#footnote-36)

A lo anterior podemos sumar un hecho no menor: así como el constituyente pareciese haber tomado una elección, ella no se refleja del todo y de un modo coherente en la redacción constitucional.[[36]](#footnote-37) Existen preceptos constitucionales que pueden ser leídos a favor de la segunda tesis y que, incluso, nos dan pie para argumentar que no existirían razones para la diferencia entre derechos que exige la primera.[[37]](#footnote-38)

Otro punto interesante para tener en cuenta es la reacción que ha tenido consistentemente la doctrina y la jurisprudencia al acercarse al texto constitucional. Una y otra vez se han planteado acciones de protección que recurren a figuras como la propietarización de los derechos[[38]](#footnote-39) o a otras ligazones entre derechos protegidos por la acción de protección y derechos no protegidos en busca de la defensa de los segundos.

El hecho de establecer que no puede existir derecho a la vida sin un mínimo del derecho a la salud,[[39]](#footnote-40) o que es posible accionar de protección en favor del derecho a la educación mediante el reclamo de la propiedad sobre los “logros académicos*”,*[[40]](#footnote-41) es claramente un signo de la constante aceptación de elementos de la segunda tesis en desmedro de la primera. En este mismo sentido, resultan esclarecedores ciertos fallos del Tribunal Constitucional que, a juicio de Humberto Nogueira, ratificarían la interdependencia de ciertos derechos, la justificación común en la dignidad humana de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, e incluso su fuerza vinculante directa.[[41]](#footnote-42)

De todas formas, consideramos que, en última instancia, debe primar la razonabilidad: la estructura de unos y otros derechos no es, lógicamente, distinta y, por lo mismo, si lo que se quiere es evitar comprometer al Estado al desembolso de recursos cuantiosos mediante acciones de protección, no sería descabellado pensar en una regla única, en que las manifestaciones “costosas” de los derechos fundamentales no admitiesen justiciabilidad directa mientras que las manifestaciones “baratas” de ellos si la admitiesen. De esta forma, la diferencia sería atendible y no sería arbitraria, en la medida de que no se ampararía en el apellido del derecho sino en la manifestación concreta que de él se está alegando.

Un último punto por analizar, y respecto al derecho a la educación en concreto, es que cierta parte de la doctrina se ha inclinado a sostener que se trata de un derecho dual, que presenta tanto las características de un derecho social como de un derecho civil y político.[[42]](#footnote-43) Sería un derecho social en la medida de que su objeto es la igualdad, buscando la creación de condiciones más favorables para ciertos grupos desventajados mediante la puesta en marcha de políticas públicas. En cambio, sería también un derecho civil y político en la medida de que también estaría dirigido al desarrollo individual y exigiría de la sociedad un derecho universal de abstenerse de interferir. Sin embargo, consideramos que una buena solución del debate anterior nos llevaría exactamente a las mismas consecuencias que recurrir a esta dualidad: de cualquier forma, la exclusión del derecho a la educación del catálogo de derechos protegidos por la acción de protección nos parece arbitraria.

En síntesis, y a modo de conclusión de este capítulo, podemos señalar que, cuando decimos que la educación es un derecho social, no nos referimos solo al hecho de que el Estado esté obligado a desarrollar políticas públicas costosas en aras a construir una sociedad más igualitaria, sino que también, y con el mismo énfasis, está orientada al desarrollo individual, a la formación de un individuo libre e informado. Creemos que esta posición puede ser defendida mediante la tesis de que todos los derechos admitirían una fundamentación conjunta y un tratamiento similar, o bien recurriendo a la naturaleza dual de este derecho.

1. *¿En qué consiste el derecho a la educación?*

Habiendo establecido a qué nos referimos cuando hablamos de derecho fundamental y de derecho social, corresponde ahora hacernos cargo del significado o contenido del derecho a la educación. Dicha tarea nos exige, en primera instancia, una revisión normativa integral, puesto que no son pocas las normas que, en nuestro sistema jurídico, hacen alusión a este derecho.[[43]](#footnote-44)

Comencemos entonces por la Ley General de Educación (en adelante, la LGE), que es el único cuerpo normativo que trata este tema en extenso y que, además, tiene la peculiaridad de definir qué puede entenderse por educación. El artículo segundo de esta ley señala que la educación es un “*proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas*”, precepto que nos invita e entender entonces la educación desde una mirada amplia, y no restringida, que puede darse en diversos contextos y edades bajo diferentes formas. En este sentido la misma ley señalará que esta educación se puede dar en un contexto de educación formal, no-formal e informal.

El artículo continúa señalando que la educación tiene por finalidad el pleno desarrollo de la persona en sus distintas facetas mediante *“la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas”*. En este sentido podemos entender que la educación tiene una primera función que podemos denominar individual o personal y que dice relación con buscar el máximo desarrollo posible de la persona[[44]](#footnote-45). Esta función se encuentra mencionada en diversas normas tanto en la Constitución como en convenciones internacionales de derechos humanos.

En este sentido habla nuestra Constitución cuando establece que “*la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida*”,[[45]](#footnote-46) la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando establece que la educación deberá estar encaminada a *“desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”,*[[46]](#footnote-47) y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, al establecer que *“debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad*”.[[47]](#footnote-48) La función personal de la educación se ve además reforzada por el Principio de Interés Superior del Niño, por el derecho a recibir y emitir información,[[48]](#footnote-49) y por la libertad de conciencia, estando encaminada a que la persona pueda adoptar, modificar y desarrollar el plan de vida[[49]](#footnote-50) que estime conveniente en atención a sus gustos, capacidades, valores y todo aquello que estime relevante.

Pero el artículo 2° no solo reconocerá una función personal, también hablará, en términos más matizados, de una función social*.* En este sentido, señala que la educación se debe enmarcar en el “*respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional”*. Esta parte del artículo, que puede leerse en primera instancia como una limitación, debe interpretarse también de acuerdo con lo que sigue, pues se señala que la educación debe capacitar a las personas para “*conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad”*. De esta última parte, podemos desprender que se trata de una función, en el sentido de que lo que se busca es precisamente formar a un individuo respetuoso de las libertades propias y ajenas para que, los individuos así educados, formen una comunidad abierta, tolerante y respetuosa, que promueva los derechos fundamentales y las libertades.

Da cuenta de esta función social la propia LGE en cuanto señala que es deber del Estado “*promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”[[50]](#footnote-51)* junto con “*fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria*”.[[51]](#footnote-52) Asimismo, podemos encontrar esta función en la Constitución, cuando establece el “*deber de los órganos del Estado* (de) *respetar y promover tales derechos (…) así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.[[52]](#footnote-53) También podemos identificarla en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece que la educación debe estar encaminada a “*inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”,[[53]](#footnote-54)* el respeto “*de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”,[[54]](#footnote-55)* como también a “*preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena*”[[55]](#footnote-56) e “*inculcar al niño el respeto por el medio ambiente*”.[[56]](#footnote-57) Esta faceta de la función social abarca todas aquellas conductas tendientes a desarrollar en el educando el respeto por los derechos humanos, la diversidad cultural, la igualdad de género, el respeto por el medio ambiente y otras que se encaminen a construir y reforzar una sociedad democrática y plural.

Esta función se encuentra encaminada a complementar y permitir el desarrollo de la función personal. Ello es así porque las libertades personales y el derecho a adoptar, modificar y desarrollar un plan de vida se ven enriquecidos cuando existe pluralidad de opciones, respeto a las elecciones ajenas y se cuenta con un espacio público abierto a ser ocupado por todos quienes conforman la sociedad. A *contrario sensu*, una sociedad que no cuente con una democracia en condiciones aceptables, que no respete derechos, o que se desarrolle en un espacio cooptado por ciertos grupos privilegiados, es una sociedad en donde las libertades y el desarrollo individual se ven mermados.

Son contrarias a esta función de la educación todas aquellas prácticas que busquen sembrar en el educando odio o discriminación hacia alguna de las comunidades que legítimamente conforman la sociedad. Prácticas xenófobas, racistas, machistas, homofóbicas, bi-fóbicas, trans-fóbicas y otras que busquen apartar o marginar a un grupo de la sociedad son contrarias a los derechos humanos y la democracia, además de ser lesivas para aquellos individuos que forman parte de estos grupos y, por tanto, también son lesivas para el desarrollo de la función personal de la educación. En este sentido, dichas prácticas no constituyen educación en los términos de la ley, de la Constitución o de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. También es contraria a la educación, aquella práctica que haga apología de la guerra o de cualquier tipo de violencia. Ello, porque la educación en cuanto a su faceta social reconoce como objetivo la paz, tanto a nivel nacional como internacional.[[57]](#footnote-58)

Pero no solo ello, pues al final del artículo 2° podemos distinguir una segunda faceta de la función social que conviene diferenciar de la primera, a la que proponemos llamar faceta técnica o patrimonial y que queda de manifiesto cuando la ley señala que la educación debe capacitar al individuo “*para trabajar y contribuir al desarrollo del país”.* Esta facetadice relación con la conservación y aumento del patrimonio cultural de la nación y se encuentra complementada por el artículo 5° de la misma ley, en cuanto corresponde al Estado “*estimular la investigación científica, tecnológica y la innovación, la creación artística, la práctica del deporte, la protección y conservación del patrimonio cultural*” y por el artículo 19 Nº10 de la Constitución en cuanto al deber del Estado de “*estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación*”. En este sentido técnico, es importante que el educando logre desarrollar capacidades que sean de utilidad para la sociedad en que se desarrolla.

Esta función se encuentra íntimamente ligada al crecimiento cultural de la nación, a la innovación científica y tecnológica, y al desarrollo de todas las áreas del conocimiento y expresión humanas. En virtud de ella, el Estado debe fomentar la reflexión, el diálogo, el debate y la investigación[[58]](#footnote-59) necesaria para ampliar el horizonte de las posibilidades, tanto individuales como sociales. Se relaciona con las dos funciones antes señaladas porque representa la posibilidad de generar avances y nuevas opciones tanto en el campo social como individual. Son prácticas contrarias a esta función todas aquellas que se orienten a frenar los progresos científicos, técnicos, sociales, culturales, deportivos o artísticos, como por ejemplo la prohibición de libros, películas, música, obras de arte o escritos de todo tipo y, en general, toda práctica relacionada con la censura, en la medida que no se encuentre debidamente justificada.

Llegados a este punto, podemos entonces reformular nuestra pregunta inicial: “¿Qué es el derecho a la educación?”, y atrevernos a responder nuevamente, esperando haber solucionado los problemas de ambigüedad y vaguedad que constatamos al iniciar este trabajo.

Ciertamente la educación es un derecho fundamental. Forma parte de un catálogo positivizado en nuestra Constitución, desde donde cumple con funciones de limitación al poder público, pero también de guía de la actividad legislativa, desde donde demanda su desarrollo. Entra en conflicto con otros derechos, puede ser interpretada y ponderada, además de tratar un objeto esencial para toda persona y para toda sociedad.

Es, además, de aquellos derechos fundamentales que solemos llamar sociales, y con ello se enmarca en un arduo debate. Nada sobre ella es pacífico en este punto. Puede sostenerse su justiciabilidad de la misma forma en que ésta puede negarse. Puede sostenerse que requiere de un desarrollo costoso de la misma forma en que podemos ver en ella detalles que no requieren más prestación que el respeto a su ejercicio. Incluso parte de la doctrina ha llegado a ver en ella un carácter dual, tanto de derecho civil y político como de derecho social y cultural. Es entonces un concepto cuya invocación debe siempre hacerse desde una definición o aclaración previa.

Por último, es un derecho que la ley desarrolla en términos amplios, pero que está llamado a cumplir dos funciones específicas: una personal y una social. En su función personal se encarga de guiar y propiciar el desarrollo de las personas, de potenciar sus capacidades, de lograr que lleguen a un estado de libertad deseado desde donde puedan desarrollar su propio plan de vida. En su función social, en cambio, está llamada a crear una sociedad tolerante, abierta, pluralista y respetuosa de las libertades, tanto propias como ajenas. Asimismo, en una segunda instancia o faceta, está llamada a desarrollar y aumentar el patrimonio cultural de nuestro país, nuestras investigaciones, publicaciones, creaciones y, en suma, nuestro entendimiento y conocimiento de aquello que pueda resaltar la curiosidad, el interés o la necesidad.

Las funciones aquí analizadas pueden servir de base esquemática para desarrollar este derecho, derivando de ellas deberes específicos, no solo para los padres, que como veremos son los primeros educadores y quienes están llamados a guiar este proceso, sino también para el Estado, municipalidades e instituciones educacionales. Además, consideramos que estas dos funciones dan pie para un mayor entendimiento de los derechos del menor que está siendo educado, y para establecer, además, los límites a los que han de atenerse los distintos educadores. Por último, analizar el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, que es el objetivo principal de este trabajo, ya no puede, como en sus inicios, significar cualquier cosa. En efecto, aún falta abordar su significado concreto, pero ya podemos decir con propiedad que hemos realizado un avance relevante: sabemos que debe enmarcarse en el desarrollo de estas funciones.

1. Derechos y garantías

Ya entendiendo en qué consiste el derecho a la educación, podemos intentar centrarnos ahora en su ejercicio y, particularmente, en aquellos roles que corresponde cumplir a los diferentes actores. Pero antes, conviene tener claridad sobre una diferencia importante. Hasta aquí hemos hablado de lo que es la educación en cuanto derecho, vale decir, sobre el significado específico de la misma. De lo que hablaremos ahora es, como hemos señalado, de su ejercicio. Esta distinción, entre lo que es un derecho y sobre cómo se ejerce, no es otra que la existente entre un derecho y una garantía.[[59]](#footnote-60) Un derecho es una expectativa amparada o correspondida por una norma jurídica, vale decir, una facultad que deriva en deberes para otras personas, ya sean deberes de acción (aquellos que denominamos “caros”) o de abstención (aquellos que denominamos “baratos”). Por otro lado, una garantía es una técnica normativa que nos permite desarrollar o ejercer cualquier derecho.[[60]](#footnote-61)

De esta forma, por ejemplo, podemos señalar que la función social de la educación exige del Estado, por su faceta técnica o patrimonial, un actuar destinado a asegurar una prestación positiva particular: la de aumentar, por cualquier medio posible, el patrimonio cultural de la nación. En esto consiste el contenido del derecho. En cambio, la forma específica en que el Estado lleve a cabo esta tarea, por ejemplo, creando una red de financiamiento de proyectos de investigación[[61]](#footnote-62) o creando bibliotecas y centros de estudio, es una garantía. Por cierto, que las garantías no solo se refieren a actividades que requieren costos operacionales altos, sino que también pueden referirse a materias netamente jurídicas. En este sentido, la protección de determinadas acciones que cautelan derechos son también una garantía, de aquellas que podemos llamar jurisdiccionales.[[62]](#footnote-63) En el ejemplo anterior, podríamos suponer que, de no contarse con un proceso de distribución de fondos para investigaciones que cumpla criterios técnicos, cabría interponer determinadas acciones en defensa de los interesados, como por ejemplo una acción de protección cuando la distribución atiende a criterios no relevantes (sexo, raza, religión) y vulnere el derecho a la no discriminación arbitraria.

En el caso de la faceta de la función social que podemos vincular a la creación de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, también podemos pensar en ciertas garantías de carácter positivo, como son, por ejemplo, la creación y mantención de memoriales y museos que permitan un reencuentro con la historia y refuercen el mensaje de valor de estos derechos y de la democracia.[[63]](#footnote-64) Pero también podemos pensar en garantías negativas, como por ejemplo sería la posibilidad de accionar judicialmente cuando en un establecimiento educativo se enseñasen materias contrarias a los objetivos sociales descritos, como podría ser el caso en que se incitara a los alumnos a conductas machistas, racistas, xenófobas, homofóbicas, etc.

De la misma forma, podemos pensar en garantías que desarrollen la función individual o personal, por ejemplo, cuando se establecen planes informativos mediante la entrega de manuales relativos al auto cuidado en materia sexual en los colegios,[[64]](#footnote-65) o cuando el Estado u otro órgano estatal o civil desarrolla planes de comunicación audiovisual para educar sobre un asunto específico. En cambio, sería una garantía negativa la prohibición de negar el ingreso a un establecimiento educativo a un alumno por no llevar completo su uniforme.

Con estos ejemplos no pretendemos realizar un análisis exhaustivo de qué garantías existen para el desarrollo de cada función educativa, sino más bien explicitar que el modelo bi funcional que hemos propuesto puede ayudar a alcanzar mayor claridad sobre qué deberes específicos podemos derivar del derecho a la educación. Junto a lo anterior, este modelo nos puede ayudar a evidenciar las falencias que puede tener nuestro sistema jurídico en relación con garantizar este derecho, y prevenir posibles descompensaciones entre las distintas funciones, cuando alguna de ellas esté sobre desarrollada frente a las otras.

Por último, consideramos óptimo terminar este capítulo anticipando la tesis a trabajar en el siguiente. Para ello, sostenemos, en primer lugar, la posibilidad de concebir garantías bajo la forma de derechos y deberes. En este sentido, puede que se le conceda a alguien el derecho o el deber de desarrollar un derecho fundamental específico. Sería este el caso, por ejemplo, de las municipalidades cuando se les ordena, por ley, hacerse cargo de la educación básica y media de sus comunas.

Este es también el caso de la institución de la que ahora corresponde hacernos cargo. El derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos. Adelantando la tesis que argumentaremos más adelante, podemos señalar que este derecho y deber es, precisamente, una garantía que nace del derecho a la educación del menor para el desarrollo de la función personal, vale decir, que busca el mayor desarrollo posible del hijo.

1. Sobre el derecho y deber de los padres a educar a sus hijos

Para comenzar, es necesario señalar que la fórmula mediante la cual la Constitución trata este derecho (y deber) no es todo lo clara que quisiésemos. En efecto, el artículo 19 N°10, después de consagrar el derecho a la educación, señala que “*los padres[[65]](#footnote-66) tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos*”, correspondiendo al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. A su vez, el artículo 236 del Código Civil reitera la fórmula constitucional al señalar que “*Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida*”. De la lectura de estos preceptos creemos que surgen varias características específicas que nos guiarán en la tarea de precisar en qué consiste esta figura.

1. *Doble Naturaleza*

En primer lugar, es bastante peculiar que la fórmula constitucional consagre una doble naturaleza de esta institución, la que deberá entenderse como derecho, pero también como un deber. En cuanto derecho, podemos afirmar que se faculta a los padres a guiar el proceso educativo del menor a través de las distintas etapas de su desarrollo, procurando su mayor realización tanto material como espiritual, ya sea en el marco de la educación formal como en la educación informal. En este sentido, los padres dan cumplimiento a la función personal de la educación en la medida de que guían el desarrollo del menor durante las distintas etapas de su vida.

En cuanto deber, en cambio, queda de manifiesto que los padres no pueden desentenderse ni delegar este proceso. Los padres son, y deben ser, los primeros formadores y guías del menor, lo cual realizarán en el ámbito de la enseñanza informal. Pero ello no es todo. De la redacción de la ley y de la Constitución, también queda de manifiesto que los padres deben procurar la asistencia regular del menor a un establecimiento educativo propiciando y permitiendo el desarrollo de la educación formal, y, además, deben proporcionar al menor todos los insumos que este requiera para poder asistir a dicho establecimiento de forma regular.

1. *Derecho y deber preferente*

La segunda nota distintiva de esta institución dice relación con que se trata de un derecho preferente. Debido a que la ni la Constitución ni la ley han definido en qué consiste esta preferencia, creemos correcto partir, en primera instancia, por la definición que da la Real Academia Española.[[66]](#footnote-67) En este sentido, preferencia puede significar dos cosas: 1. Primacía, ventaja o mayoría que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya en el valor, ya en el merecimiento; o 2. Elección de alguien o algo entre varias personas o cosas.

Si adoptásemos el primer significado, diríamos que los padres tienen un derecho preferente en la medida de que gozan de una posición privilegiada o preponderante al momento de educar al menor frente a otros actores que pudiesen también querer participar de este proceso, de forma tal que los padres tendrían, en primera instancia, un cierto poder de veto: hay ciertas actividades educativas que quedarían restringidas por opción de los padres. En este sentido, ciertos tratados internacionales suelen referirse a las convicciones de los padres como un argumento posible para orientar la educación del menor.

En cambio, si adoptásemos el segundo significado, diríamos que la posición de los padres es preferente en la medida de que, entre todos los actores que podrían guiar la educación del menor, la Constitución les habría encomendado a ellos dicha función. En este sentido, los padres son llamados a velar por el menor por una razón particular: son quienes están en mejor posición para conocer “lo mejor para él”. En este sentido pareciese hablar el Código Civil cuando establece que “*la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo*”[[67]](#footnote-68) y la Convención sobre los Derechos del Niño, también en lo tocante al Principio del Interés Superior del Niño.[[68]](#footnote-69)

Un tercer camino sería adoptar ambos significados, pues es claro que, hasta cierto punto, no se oponen entre sí. Los padres actúan generalmente movidos por el interés superior de sus hijos y, en base a esto, suelen excluir de sus procesos educativos todos aquellos elementos que consideren nocivos. En este sentido ambos significados serían complementarios, reiteramos, hasta cierto punto. Sin embargo, no todos los padres toman las mejores decisiones en cuanto a la educación se refiere, y ello es obvio, nadie pasa por un curso formativo antes de educar a un hijo. En este sentido, existe claramente un margen discrecional bastante amplio pero que encuentra también limitantes. Se trata de un margen amplio en el sentido de que los padres, fruto de sus convicciones y creyendo que hacen lo mejor para sus hijos, pueden tomar decisiones erradas, pero ello no amerita ninguna intervención estatal ni nada por el estilo, los yerros educativos son claramente tolerados tanto por la Constitución como por la legislación.

Ahora bien, sobre las limitantes, creemos que estas se desprenden de entender claramente el derecho a la educación y sus dos funciones. Si entendemos que la educación está orientada a desarrollar todas las facetas de una persona de tal forma que esta logre descubrir y desarrollar sus propios intereses, gustos y valores, una educación en extremo prohibitiva o que solo le entregue información sumamente parcializada al menor, estaría alejándose de la función particular. En este sentido, serían contrarias a la educación todas aquellas prácticas que vean al educando más como un objeto a formar que como un sujeto en formación.

Lo mismo puede decirse cuando tomamos en cuenta la función social. Claramente se oponen a esta función prácticas educativas intolerantes, racistas, xenófobas y todas aquellas que tengan un contenido discordante con los derechos fundamentales y las libertades, tanto propias como ajenas.[[69]](#footnote-70) También son contrarias a esta función aquellas que impliquen la entrega de información comprobadamente falsa o que induzca a disminuir el patrimonio cultural de la nación.

La pregunta entonces sería ¿Cómo lograr subsanar los errores que pueden provocarse en materia educacional? Y la respuesta, a nuestro parecer depende de todas las garantías que podamos construir en defensa y desarrollo de este derecho.

De una parte, está claro que los establecimientos educativos deben cumplir un rol relevante que abarque las dos funciones que hemos señalado. De esta forma, si bien es excusable que un padre, producto de su intolerancia, desidia o ignorancia, enseñe y forme de mala manera, en el sentido contrario a las funciones educativas, no es posible que esos vicios sean repetidos en el contexto educativo por profesionales del área. De esta forma, la educación formal debe siempre respetar las dos funciones que hemos precisado en la primera parte de este trabajo y funcionaría como una instancia complementaria y, más aun, necesaria.

En segundo lugar, creemos que actores públicos como el Estado o las municipalidades tienen también un rol educativo importante. De estos actores depende en gran medida la creación de material educativo que pueda ayudar a subsanar de buena manera todos aquellos vacíos que los padres no puedan o no quieran abarcar. Si un padre no quiere hablarle a su hijo de determinadas enfermedades sexuales por pudor o porque no quiere afrontar la realidad de que su hijo puede tener relaciones sexuales, es el Estado o la municipalidad correspondiente quienes deben actuar para informar y proteger a ese menor. Para ello, creemos óptimo que se haga uso de todas las herramientas posibles, desde la publicación de manuales educativos hasta la creación de informativos de auto cuidado (como franjas televisivas, mensajes de texto, transmisiones radiales, banners en Internet, publicidad en redes sociales, entre otros).

En suma, consideramos errado cualquier tipo de discurso exclusivista que pretenda negar la formación del menor desde distintas fuentes. Los padres son, sin duda, primeros formadores y formadores privilegiados, y en ambos sentidos su derecho es preferente. Pero de ello no se extrae que sean formadores exclusivos. Una visión que pretenda que los hijos solo aprendan y desarrollen conocimientos, destrezas y valores desde el punto de vista de sus padres es, sin duda, contraria al concepto de educación aquí trabajado y, peor aún, se trataría de un discurso que no se condeciría con buscar el máximo desarrollo posible del menor. No hay que olvidar que, en esta materia, el titular del derecho fundamental es el hijo, no los padres.

1. *Destinatario distinto de su titular*

Relacionado con el punto anterior, esta garantía debe ejercerse, necesariamente, en favor del menor, procurando que las decisiones educativas que lo afecten tomen en cuenta su opinión, sus derechos fundamentales y buscando su mayor desarrollo posible. En este sentido se refleja con mayor claridad la naturaleza garante de esta institución, pues su guía y esencia, tanto en materia educativa como en otras, es el Principio del Interés Superior del Niño. Todo ello queda de manifiesto en la propia regulación de esta garantía.[[70]](#footnote-71)

De lo anteriormente mencionado, como también respecto de todo lo señalado en esta investigación, es posible sostener que esta garantía se ejercerá por los padres como un derecho o facultad en interés ajeno.[[71]](#footnote-72) De este modo, se establece una garantía a favor de los menores, para que los padres los guíen en el proceso educativo, puesto que, si bien los menores son los titulares del derecho a la educación, no podrán ejercer dicho derecho de forma plena dado su exiguo desarrollo cognitivo y volitivo, como también su falta de experiencia. Frente a este panorama, los padres, en cada caso concreto, decidirán sobre aquello que más convenga al niño, debiendo tener siempre como consideración primordial su interés superior. De esta forma, las facultades conferidas a los padres en virtud de esta garantía no podrán ejercerse de manera arbitraria.

Finalmente, es preciso cerrar este apartado señalando que el menor no es un objeto a formar, sino que un ser distinto e independiente, a quien hay que crearle las condiciones más adecuadas para su desarrollo como persona destinada a vivir en sociedad, evitando generar daños que repercutirán en su vida a futuro.[[72]](#footnote-73) Resulta, por lo tanto, inconcebible que se ejerza esta garantía para fines distintos a los cuales ha sido constituida, o que se degenere de formal tal, que los padres pretendan ser ellos mismos los titulares del derecho fundamental.

A continuación, estudiaremos el desvanecimiento de las facultades de los padres, puesto que, como no actúan en interés propio, sino que ajeno, sus facultades se desvanecen en la medida que sus hijos van adquiriendo más capacidades.

1. *Desvanecimiento de las facultades de los padres*

Estamos en presencia de un derecho que, inevitablemente, está sujeto a extinguirse, y que, más aun, se extingue paulatinamente a cada momento en la medida de que el menor va desarrollando su autonomía, sus habilidades y va siendo capaz de conducir su vida por sí mismo[[73]](#footnote-74). Por esta característica, creemos que es necesario crear nuevas formas de desarrollo autónomo del menor, para que, conforme crezca, su ámbito de libertades se vaya expandiendo. Así, si bien consideramos que es posible, por ejemplo, que un padre o una madre intenten acercar a su hijo a la religión propia durante sus primeros años de conciencia, no consideramos que pueda entenderse una obligación a mantener con el paso del tiempo esta conducta, por ejemplo, forzando al menor a participar en actividades religiosas al interior de su establecimiento educativo.

Esta característica del derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos ha sido catalogada por Cotino Hueso como el desvanecimiento de las facultades de los padres. En concreto, este autor ha señalado que: *“La edad del alumno no sólo condiciona sus propias libertades, sino también las del resto de los operadores educativos (padres, docentes y centros). Respecto de los primeros, cabe recordar que los padres tienen el derecho a elegir el tipo de educación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo a sus convicciones. Pues bien, este derecho debe desvanecerse conforme el hijo va adquiriendo la capacidad natural para ejercer la libertad ideológica y religiosa”.[[74]](#footnote-75)* Asimismo, siguiendo esa línea, ha sostenido que: *“Se han apreciado los fenómenos particulares de desvanecimiento y traslación de derechos y libertades. De un lado, el derecho subjetivo de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos se desvanece en la medida en la que éstos van adquiriendo la capacidad requerida para ejercer su libertad ideológica y religiosa. Del otro lado, se ha advertido que los padres y alumnos participan en la enseñanza en defensa del interés del alumno. Así pues, dado que los padres no participan en interés propio, su presencia se traslada al verdadero interesado, el alumno, conforme éste va adquiriendo capacidades para defender sus intereses”.*[[75]](#footnote-76)

El desvanecimiento de las facultades de los padres guarda directa relación con la cualidad de ejercicio en interés ajeno de esta garantía, dado que conforme se desarrollen las capacidades del educando, requerirá cada vez menos guías, orientaciones u otro tipo de actos enmarcados en esta garantía, pues el educando podrá ir ejerciéndolas por sí mismo, porque él es el verdadero interesado en su propio derecho y quien mejor puede decidir, libremente, cuáles son sus intereses en materia educativa. Entonces, siendo todavía menor de edad, el educando, producto del desvanecimiento de las facultades de sus padres, es totalmente libre de no compartir las creencias de éstos[[76]](#footnote-77).

Asimismo, este desvanecimiento es reconocido explícitamente, aunque, en otros términos, en la Convención de los Derechos del Niño en su Art. 14, número 2.[[77]](#footnote-78) Si bien este artículo trata sobre las libertades de pensamiento, conciencia y religión del menor, resulta obvio que el ejercicio de estas libertades suele presentarse en el contexto educativo, ya sea en la educación formal o informal.

1. Conclusión

Volvamos, pues, a nuestra pregunta inicial: ¿Qué es el derecho a la educación? Vista la primera parte de nuestro trabajo, podemos decir que es, claramente, un derecho fundamental, en el entendido de que se trata de un derecho que ocupa un lugar privilegiado en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución, y desde ahí limita y guía el actuar legislativo, ocupándose, además, de un área de suma importancia social e individual: la formación de los individuos y la configuración de una sociedad respetuosa de las libertades, tanto propias como ajenas.

Es, como vimos, un derecho social, en el sentido de que pareciese orientarse a crear condiciones de igualdad que beneficien a grupos desventajados o vulnerables. Fuera de esta afirmación, existe un amplio debate. Ciertamente que nosotros no comulgamos con la tesis de que se trate de una mera expectativa programática, ni tampoco con que los derechos sociales solo exijan del Estado prestaciones costosas. En este sentido, afirmamos la tesis de que todos los derechos, tanto civiles y políticos como sociales, admiten una fundamentación conjunta e indivisible en la igual dignidad humana. Ambos tipos de derechos son así interdependientes y se implican mutuamente, todos los derechos exigen, para su desarrollo, de prestaciones positivas (“costosas”) o negativas (“baratas”) y todos los derechos debiesen, en principio, admitir justiciabilidad directa.

También, como dijimos, se trata de un derecho que cumple dos funciones. Una personal, destinada al desarrollo de todas las facetas del individuo, y una social, destinada a la creación de un tipo de sociedad en donde estos individuos puedan desarrollar el proyecto de vida que estimen conveniente. A su vez, esta segunda faceta admite una doble lectura. Por un lado, se preocupa de la creación de una sociedad abierta, pluralista, dialogante, tolerante y, en suma, democrática, en que se respeten los derechos y libertades fundamentales. Por otro, busca aumentar el patrimonio cultural de la nación, permitiendo y fomentando la investigación y el aprendizaje. Estas funciones requieren, para su desarrollo, de la existencia de cierto tipo de garantías, vale decir, de técnicas normativas tanto prestacionales como jurisdiccionales que propicien el ejercicio pleno de este derecho.

Dentro de las garantías, y particularmente dentro de aquellas que se han destinado al desarrollo de la función personal de la educación, encontramos el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, figura peculiar que presenta cuatro características distintivas: Se trata de una figura que es a la vez un derecho y un deber; es un derecho preferente, pero no exclusivo; si bien el titular de este derecho preferente son los padres, se ejerce en beneficio de una persona distinta: el menor; y se trata de un derecho y deber que se extingue gradualmente a medida que el menor desarrolla sus capacidades cognitivas y volitivas.

Esta institución da un amplio margen de actuación a los padres, en la medida de que entiende que estos pueden educar de forma deficiente, y que incluso su educación en el ámbito personal puede llegar a ser nociva para el ámbito social, por lo que se despliegan ciertos elementos de corrección, también como forma de garantías del derecho a la educación del menor.

Dentro de estas últimas garantías, podemos encontrar el desarrollo de diversos planes formativos, tanto por parte del Estado mediante el Ministerio de Educación, como por parte de las Municipalidades. Estas garantías suelen plasmarse dentro de establecimientos educativos, aunque no necesariamente, y en este ámbito el ámbito de discrecionalidad no es tan amplio: lo que es excusable para un padre por su ignorancia, desidia o intolerancia no lo es para un profesional en el área educativa.

De esta forma, creemos que un correcto entendimiento y desarrollo de las funciones educativas debe representarse mediante una tarea conjunta de distintos actores desarrollando, a su vez, distintas garantías. Frases del calibre de “a mis hijos los educo yo” o “menos Estado, más familia”, reflejan una profunda ignorancia sobre el real titular del derecho a la educación: el menor, no los padres.

bibliografía citada

Aláez Corral, Benito (2009): “Ideario Educativo Constitucional y convicciones morales de los padres”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Número 5, pp. 24-33.

Aldunate, Eduardo (1993-1994): “Interpretación Constitucional y Decisión Política*”*, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XV, pp. 31-66.

Alexy, Robert (2009): “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (editor y coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición), pp. 31-47.

Arriagada Cáceres, María (2015), “La Imposibilidad de Equiparar Derechos Sociales y Liberales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 Nº 3, pp. 819-842.

Bassa, Jaime; Viera, Christian, (2008): “Contradicciones de los Fundamentos Teóricos de la Constitución Chilena en el Estado Constitucional: Notas para su reinterpretación”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXI, N°2, pp. 131-150.

Cea, José Luis (1999): El *Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica,* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile)*,* 477 pp.

Cotino Hueso, Lorenzo (2000): “Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: Algunas propuestas de análisis”, en *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)* (Coord. Lorenzo Cotino), pp. 99-154. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=892920> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2017]

Ferrajoli, Luigi (2010): *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil* (trad. Ibáñez et al., Madrid, Editorial Trotta, 7ª Edición), 180 pp.

Ferrajoli, Luigi (2009): “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”*,* en Carbonell, Miguel (editor y coordinador), *Neoconstitucionalismo(s),* (Madrid, Editorial Trotta, 4ª Edición), pp. 13-29.

Fioravanti, Maurizio (2014): *Constitucionalismo. Experiencias Históricas y Tendencias Actuales* (trad. Mora Cañada y Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta), 157 pp.

Fioravanti, Maurizio (2016): *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones,* (trad. Martínez Neira*,* Madrid, Editorial Trotta, 7ª edición), 212 pp.

Flores, Juan Carlos (2014): “Derecho a la Educación. Su Contenido Esencial en el Derecho Chileno”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, Nº 2, pp. 109-136.

García, Gonzalo; Contreras Pablo (2015): “Diccionario Constitucional chileno”. Disponible en: <http://www.venice.coe.int/CoCentre/Garcia-contreras\_Diccionario\_Constitutional\_chileno.pdf> [última consulta: 10 de agosto de 2017]

Guastini, Riccardo (2009): “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en Carbonell, Miguel (editor y coordinador), *Neoconstitucionalismo(s),* (Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición), pp. 49-73.

Lovera, Domingo (2009): “Los Derechos Sociales en la Constitución de 1980*”*. Disponible en: <http://www.icso.cl/images/Paperss/primerpaper.pdf> [Última consulta: 12 de agosto de 2017].

Martínez, José (2010): “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, pp. 125-166.

Navarro Beltrán, Enrique (2012): “35 Años del Recurso de Protección”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°2, pp. 617-642.

Nogueira, Humberto (2008): “El Derecho a la Educación y sus Regulaciones Básicas en el Derecho Constitucional Chileno e Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Ius Et Praxis*, año 14, N°2, pp. 209-269.

Nogueira, Humberto (2010): “La Protección de los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales de Eficacia Inmediata y Justiciables en Jurisdicción Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, pp. 763-798.

Pisarello, Gerardo (2007): *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, (Madrid, Editorial Trotta), pp. 140.

Prieto Sanchís, Luis (2009): “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*”*, en Carbonell, Miguel (editor y coordinador), *Neoconstitucionalismo(s),* (Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición), pp. 123-158.

Zúñiga, Alejandra (2011): “El Derecho a la Vida y el Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución: Una relación necesaria”*, Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 1, pp. 37-64.

Jurisprudencia citada

Herrera con Gálvez (2013): Corte Suprema, 14 de enero de 2013 (recurso de casación).

Bercovich con Bercovich (2009): Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de febrero de 2009 (medidas de protección sobre cuidado personal del menor).

Carrasco con Audiencia Provincialde Valencia (2000): Tribunal Constitucional de España, 29 de mayo de 2000 (demanda de amparo).

1. \*0 Alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. [↑](#footnote-ref-2)
2. Nos referimos, por cierto, a las diversas discusiones relativas a temas valóricos, como la venida del llamado “Bus de la Libertad”, cuyos eslóganes hacían referencia directa a esta temática: “con mis hijos no se metan”, “menos Estado, más familia”, y el vociferado eslogan: “A mis hijos los educo yo”. Para mayor detalle sobre la cobertura mediática de este asunto, consultar, por ejemplo: <http://www.latercera.com/noticia/la-discusion-torno-al-bus-la-libertad-arribara-chile/> o http://www.chilevision.cl/matinal/noticias/polemica-por-llegada-de-bus-contra-la-diversidad-sexual/2017-07-07/091256.html [↑](#footnote-ref-3)
3. Señalamos que se trata de una creación “relativamente moderna” en el sentido de que tiene raíces mucho más antiguas que las que trata este trabajo, sin embargo, el carácter de fundamentales que tienen estos derechos solo se desarrolla en el marco del constitucionalismo moderno. [↑](#footnote-ref-4)
4. Fioravanti (2014), pp. 54. [↑](#footnote-ref-5)
5. En este sentido la Constitución de la República Italiana (1947); la Constitución Federal Alemana (1949); la Constitución Francesa (1958); y la Constitución Española (1978). [↑](#footnote-ref-6)
6. Guastini (2009)*,* pp. 49. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ibídem., pp. 51. [↑](#footnote-ref-8)
8. Guastini (2009)*,* pp. 53. [↑](#footnote-ref-9)
9. Alexy (2009)*,* pp. 35. [↑](#footnote-ref-10)
10. Guastini (2009), pp. 49. [↑](#footnote-ref-11)
11. Prieto (2009), pp. 123-158. [↑](#footnote-ref-12)
12. Fioravanti (2016), pp. 104. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ferrajoli (2009), pp.13-29. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ferrajoli (2010),pp. 15-35. [↑](#footnote-ref-15)
15. Prieto (2009), pp. 127. [↑](#footnote-ref-16)
16. Fioravanti (2016), pp.140. [↑](#footnote-ref-17)
17. Pisarello (2007), pp. 38. [↑](#footnote-ref-18)
18. Ferrajoli (2010)*,* pp. 73-96. [↑](#footnote-ref-19)
19. En este sentido, Alexy señala que *“mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad”* y, más aun, cuando responde a la pregunta *“¿sobre qué deben basarse los derechos fundamentales?”* responde: *“Hay que plantearse, pues, qué es aquello que los ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el Legislador no pueda decidir sobre ello*”. Más detalles en: Alexy (2009), pp. 40. [↑](#footnote-ref-20)
20. Martínez (2010), pp. 125 - 166. [↑](#footnote-ref-21)
21. Cea (1999), pp. 149, citado en Lovera (2009), pp. 13. [↑](#footnote-ref-22)
22. Martínez (2010) pp. 135. [↑](#footnote-ref-23)
23. Arriagada (2015), pp. 819 – 842. [↑](#footnote-ref-24)
24. Arriagada (2015), pp.829. [↑](#footnote-ref-25)
25. Fioravanti (2014), pp. 120. [↑](#footnote-ref-26)
26. Ferrajoli (2010),pp.81. [↑](#footnote-ref-27)
27. Nogueira (2010), pp. 763 - 798. [↑](#footnote-ref-28)
28. Sobre este punto recomendamos revisar el trabajo de Pisarello, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, sobre todo el capítulo 2, en donde se critica la concepción clásica de los derechos sociales como derechos posteriores. (Pisarello (2007), pp. 19 y ss.) [↑](#footnote-ref-29)
29. Lovera (2009), pp. 4. [↑](#footnote-ref-30)
30. Pisarello (2007), pp. 60. [↑](#footnote-ref-31)
31. Lovera (2009), pp.12. [↑](#footnote-ref-32)
32. Lovera (2009), pp.13. [↑](#footnote-ref-33)
33. García y Contreras (2015), pp. 285. [↑](#footnote-ref-34)
34. Bassa y Viera, Christian (2008), pp. 131-150. [↑](#footnote-ref-35)
35. Aldunate (1993-1994), pp.31-66. [↑](#footnote-ref-36)
36. Sobre este punto nos remitimos a lo ya señalado respecto a la naturaleza de las constituciones modernas. Ciertamente la Constitución guarda, en su seno, contradicciones ineludibles, propias de un documento normativo que busca amparar valores diversos. [↑](#footnote-ref-37)
37. En este sentido, el artículo 1°, el 6°, el 5° en su inciso 2° y el artículo 19 N°26 suelen ser invocados como preceptos destinados a proteger tanto los derechos civiles y políticos como sociales, pues ninguno de ellos hace distinción alguna. [↑](#footnote-ref-38)
38. Navarro (2012), pp. 630. [↑](#footnote-ref-39)
39. Esta tesis ha sido defendida en nuestro contexto por Zúñiga (2011), pp. 37 - 64. [↑](#footnote-ref-40)
40. Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°60845, citado por Navarro (2012), pp.633. [↑](#footnote-ref-41)
41. Nogueira (2010),pp. 771-776. [↑](#footnote-ref-42)
42. Flores (2014), pp. 109-136. [↑](#footnote-ref-43)
43. En el ordenamiento jurídico interno encontramos, principalmente, el artículo 19 N°10 de la Constitución y la Ley General de Educación. En el plano externo, encontramos una serie de convenciones ratificadas por Chile que hacen alusión a este derecho: Convención de Derechos Civiles y políticos; Convención de Derechos Sociales y Culturales; Convención Americana de Derechos Humanos; y la Convención sobre los Derecho del Niño. [↑](#footnote-ref-44)
44. Nogueira (2008), pp. 209-269. [↑](#footnote-ref-45)
45. Constitución Política de la República, Art. 19 Nº10. [↑](#footnote-ref-46)
46. Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 29 N°1, letra a). [↑](#footnote-ref-47)
47. Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC), Art. 13, número 1. [↑](#footnote-ref-48)
48. Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 13 N°1. [↑](#footnote-ref-49)
49. Nogueira (2008), pp. 214. [↑](#footnote-ref-50)
50. Ley General de Educación, Art. 5. [↑](#footnote-ref-51)
51. Ibídem. [↑](#footnote-ref-52)
52. Constitución Política de la República, Art. 5, inc. 2º. [↑](#footnote-ref-53)
53. Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 29 N°1, letra b). [↑](#footnote-ref-54)
54. Ibídem., letra c). [↑](#footnote-ref-55)
55. Ibídem., letra d). [↑](#footnote-ref-56)
56. Ibídem., letra e). [↑](#footnote-ref-57)
57. En tal sentido, por ejemplo, tenemos el Art. 29, número 1, letra d), de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Art. 13, número 1, del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. [↑](#footnote-ref-58)
58. Nogueira (2008), pp. 239. [↑](#footnote-ref-59)
59. Ferrajoli (2010), pp. 37-72. [↑](#footnote-ref-60)
60. García y Contreras (2015), pp. 511. [↑](#footnote-ref-61)
61. En este sentido se enmarcaría, por ejemplo, el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT). [↑](#footnote-ref-62)
62. García y Contreras (2015), pp. 512. [↑](#footnote-ref-63)
63. En este sentido, un claro ejemplo es la creación y mantención del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. [↑](#footnote-ref-64)
64. Un claro ejemplo de esta situación fue la confección y entrega del manual de educación sexual “100 Preguntas sobre Sexualidad Adolescente”, desarrollado por la Municipalidad de Santiago durante el año 2016. [↑](#footnote-ref-65)
65. Según García y Contreras (2015), “*el concepto de padres debe entenderse en un sentido amplio, referido a los adultos que ejercen el cuidado personal de un menor de edad*”, pp. 619. [↑](#footnote-ref-66)
66. http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=preferencia [↑](#footnote-ref-67)
67. Art. 222 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-68)
68. Sobre este principio, la Corte Suprema ha afirmado que *“se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de éstos, identificándose de esta manera ‘interés superior’ con los derechos del niño y adolescente. Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”.* (*Herrera con Gálvez* (2013*),* considerando 12º). [↑](#footnote-ref-69)
69. Sobre este aspecto, Cotino (2000) sostiene que “*los padres tampoco pueden elegir una educación contraria al pleno desarrollo de la libertad de sus hijos, pleno desarrollo que sólo puede lograrse a través de una educación basada en los principios democráticos y los derechos y libertades*”., pp. 148. [↑](#footnote-ref-70)
70. Es posible apreciar aquello en el Art. 18, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño; el Art. 26, número 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Art. 13, número 3, del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales; el Art. 19 Nº 10 de la Constitución; los artículos 222, 224, 234, 235, y 236 del Código Civil; y Art. 2 de la Ley General de Educación. [↑](#footnote-ref-71)
71. Aláez (2009), pp. 24 y siguientes. [↑](#footnote-ref-72)
72. *Bercovich* *con Bercovich* (2009). Considerando 2º. [↑](#footnote-ref-73)
73. En este sentido los artículos 1445, 1446 y 1447 en relación con el artículo 26 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-74)
74. Cotino (2000), pp. 113. [↑](#footnote-ref-75)
75. Ibídem, pp. 114. [↑](#footnote-ref-76)
76. Según el Tribunal Constitucional español, la libertad de creencia se traduce en el derecho del educando a no compartir las convicciones de sus padres, no sufrir actos de proselitismo y mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando éstas puedan afectar el desarrollo personal del menor. Ambos derechos (el derecho de los padres a educar a sus hijos y la libertad de creencia del menor), en caso de tener conflicto, deberán ponderarse teniendo en cuenta el interés superior de los menores de edad. Para mayor detalle, consultar: *Carrasco con Audiencia Provincial de Valencia* (2000), Rol 141/2000, disponible en: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4125#complete_resolucion&fundamentos>> [↑](#footnote-ref-77)
77. *Artículo 14: (…) 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.* [↑](#footnote-ref-78)