



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
SEDE RODRIGO FACIO
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE INVESTIGACIÓN

TESIS DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA
EN DERECHO

Educación sexual integral: ¿un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de
padres, madres y tutores?

Estudiante:
Denisse Martínez Arnúero
B13915

Abril, 2023

22 de marzo de 2023
FD-774-2023

Dra. Marcela Moreno Buján
Decana.
Facultad de Derecho

Estimada señora:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de: Denisse Martínez Arnúero carné B13915 denominado: **"Educación sexual integral: ¿Un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de padres, madres y tutores?"** fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 35 de RTFG que indica: **"Los miembros del tribunal examinador recibirán para su evaluación una versión completa sin codificar del documento final de TFG, que señale claramente las secciones confidenciales de este. En la defensa pública se eliminará o clasificará la información definida como confidencial"**.

Tribunal Examinador

		FIRMA	FECHA
Informante	MSc. Alfonso Chacón Mata		
Presidente	MSc. William Bolaños Gamboa		
Secretaria	Licda. Ana Lucía Blanco Villalobos		
Miembro	Dr. Ronald Salazar Murillo		
Miembro	MSc. Maripaz Sancho Miranda		

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **17 de abril 2023**, a las **6:00 pm.** en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,


MSc. Tomás Federico Arias Castro
Director
Área de Investigación



LCV
Cc: arch.

Recepción
Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos
Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia
Tel.: 2511-1558
administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

FD Facultad de
Derecho

22 de marzo de 2023
FD-774-2023

Dra. Marcela Moreno Buján
Decana.
Facultad de Derecho

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de: Denisse Martínez Arnuero carné B13915 denominado: "**Educación sexual integral: ¿Un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de padres, madres y tutores?**" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 35 de RTFG que indica: "*Los miembros del tribunal examinador recibirán para su evaluación una versión completa sin codificar del documento final de TFG, que señale claramente las secciones confidenciales de este. En la defensa pública se eliminará o clasificará la información definida como confidencial*".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Alfonso Chacón Mata
Presidente	MSc. William Bolaños Gamboa
Secretaria	Licda. Ana Lucía Blanco Villalobos
Miembro	Dr. Ronald Salazar Murillo
Miembro	MSc. Maripaz Sancho Miranda

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **17 de abril 2023**, a las 6:00 pm. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

MSc. Tomás Federico Anas Castro
Director
Área de Investigación



LCV
Cc: arch.

Recepción
Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos
Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia
Tel.: 2511-1558
administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr

www.derecho.ucr.ac.cr

Señor
MSc. Tomás Federico Arias Castro
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor Director:

Por este medio manifiesto mi beneplácito y aprobación como Director de tesis, del trabajo final de graduación para optar por el requisito de Licenciatura en Derecho denominado "Educación sexual integral: ¿un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de padres, madres y tutores?", sustentado por la estudiante Denisse Martínez Arnúero, carnet B13915.

Al respecto deseo ahondar sobre la importancia de este tema, no solo por ser polémico y agudo en su intencionalidad, sino que además presenta un riguroso estudio de la sustentante, de la que me consta su trabajo tesonero y abnegado en concretar y profundizar sobre la investigación en cuestión.

En consecuencia, solicito se pueda agendar el espacio respectivo para la presentación de la tesis que nos ocupa. De su mayor consideración, firmo en la hora y día consignado en la firma digital.

Atentamente,

ALFONSO
CHACON
MATA (FIRMA)



Firmado digitalmente
por ALFONSO CHACON
MATA (FIRMA)
Fecha: 2023.03.13
15:53:20 -06'00'

Msc. Alfonso Chacón Mata
Director

San Pedro de Montes de Oca

MSc. Tomás Federico Arias Castro
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica

Estimado Profesor:

En mi calidad de Lector, tengo el agrado de informarle, que he revisado Trabajo Final de Graduación de la egresada Denisse Elena Martínez Arnuero, carné universitario B13915, titulado: *“Educación sexual integral: ¿un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de padres, madres y tutores?”*.

Estimo que es un tema muy interesante, que ha tenido grandes discusiones a nivel nacional e internacional, y particularmente en Costa Rica, ha puesto en entredicho el modelo educativo y se ha debatido en la sede constitucional, de manera que se trata de un importante aporte a esa discusión jurídica.

En razón de lo anterior, le he dado mi aprobación. Además, que reúne los requisitos de forma y de fondo para ser defendida en su momento.

Con todo respeto y consideración,

RONALD
SALAZAR
MURILLO
(FIRMA)

Firmado digitalmente por
RONALD SALAZAR
MURILLO (FIRMA)
Fecha: 2023.02.20
19:28:12 -06'00'

Dr. Ronald Salazar Murillo
Lector

San José, 24 de diciembre del 2022

Dirección del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado MSc. Tomás Federico Arias Castro

La suscrita, Maripaz Sancho Miranda, he fungido como lectora del trabajo final de graduación elaborado por la estudiante Denisse Martínez Arnúero, carné B13915, denominado "Educación sexual integral: ¿un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de padres, madres y tutores?, y manifiesto mi anuencia a que la estudiante continúe con la tramitología correspondiente para la defensa del mismo.

Hago saber que este trabajo cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por la normativa para la elaboración de trabajos finales de graduación, los cuales han sido revisados por la suscrita, y por tal motivo doy mi aprobación de esta.

Atentamente,

MARIPAZ
SANCHO
MIRANDA
(FIRMA)

Digitally signed by
MARIPAZ SANCHO
MIRANDA (FIRMA)
Date: 2022.12.24
10:50:47 -06'00'

Licda. Maripaz Sancho Miranda
Lectora TFG

A QUIEN CORRESPONDA:

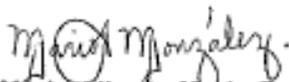
Hago constar que he realizado la corrección ortográfica y de estilo de la tesis de investigación, titulada ***“Educación sexual integral: ¿un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de padres, madres y tutores?”***, de la postulante ***Denisse Martínez Arnúero***, cédula **901080133**, para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho, de la ***Facultad de Derecho Área de Investigación***, de la ***Universidad de Costa Rica (UCR)***.

Cabe destacar que esta tesis cumple ya con los requerimientos expresivos y formales para su impresión definitiva, dentro del marco textual y contextual del trabajo realizado por la señorita Martínez Arnúero.

Dicha corrección abarcó los siguientes aspectos formales:

- Afinamiento en la precisión terminológica de la expresión vertida en el discurso, exceptuando los tecnicismos atinentes al campo del Derecho.
- Revisión correctiva del régimen preposicional: uso correcto de las preposiciones.
- Aplicación correcta de la puntuación, según la normativa vigente.
- Aplicación de la concordancia nominal y verbal, así como la coherencia de los párrafos.

Dada la presente constancia en San José, a los dieciséis días del mes de marzo del año 2023.



Lic. Mario Alberto Marín González

Filólogo y corrector de estilo

Cédula 1-577-490

Carné 14788, Colegio de Licenciados y Profesores (Colypro)

Carné 282, Asociación Costarricense de Filólogos (ACFIL)

Dedicatoria

A las niñas, niños y adolescentes de mis dos patrias, víctimas de las consecuencias por la ausencia de una educación sexual integral.

Agradecimientos

A mi madre, María Elena, por su lucha, entrega y motivación para mi formación como futura abogada.

A Costa Rica, por acogerme sin discriminación y educarme de forma gratuita.

A mis profesores y profesoras de la Facultad de Derecho, en especial a Alfonso, Maripaz y Ronald por transmitir su pasión por el estudio y lucha en favor de los derechos humanos; así también a Melissa, Marcela, Iván, Ricardo, Gustavo, Érick, William, Rosaura, Jorge, Haideer, Andrés, Jaime, Ingrid, Ronald, José, Federico, Rita, Modesto, Miguel y Martín, quienes marcaron mi paso por la carrera de derecho.

A quienes me han dado oportunidad para mi desarrollo profesional: Jéssica, José, Rodrigo, Óscar y Diana.

A quienes no dejaron de motivarme durante todo mi paso por la UCR, en especial a Pablo y a Marco.

Contenidos generales

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos.....	ii
Índice de abreviaturas.....	vii
Resumen.....	ix
Ficha bibliográfica.....	xi
Introducción.....	1
Antecedentes.....	1
Justificación del tema.....	10
Problema.....	13
Hipótesis.....	14
Objetivo General.....	14
Objetivos Específicos.....	14
Metodología.....	15
Esquema capitular.....	16
CAPÍTULO I: Educación sexual integral: ¿Derecho humano?.....	18
Sección A. Los derechos humanos.....	19
1. Breve recorrido histórico.....	19
2. Conceptualización.....	21
3. Características.....	24
4. La dignidad: piedra angular de los derechos humanos.....	25
5. Derechos humanos emergentes.....	26
Sección B: Derecho humano a la educación y la educación sexual integral.....	29
1. Derecho humano a la educación y la ESI en el SUPDH.....	29
2. Derecho humano a la educación y la ESI en el SIDH.....	35
3. Educación y ESI en la normativa nacional.....	39
Sección C: La educación sexual integral.....	41
1. La sexualidad.....	41
2. Bienes jurídicos vinculados con la sexualidad.....	42
3. ¿Qué es la ESI?.....	44

4. Los esfuerzos históricos de Costa Rica para incorporar la ESI en el sistema educativo nacional.....	47
Sección D: ¿Es la educación sexual integral un derecho humano?	51
1. Derecho humano a la educación y educación sexual integral.....	51
2. Derecho humano a la salud y educación sexual integral	54
3. Derecho humano a la información y educación sexual integral	56
4. Derecho humano a la educación sexual integral.....	60
Sección E: El impacto de la educación sexual integral.....	63
1. El embarazo adolescente en Costa Rica.....	64
CAPÍTULO II: Derecho humano a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.....	67
Sección A: Derecho humano a la libertad de pensamiento	67
1. Conceptualización de la libertad de pensamiento.....	68
Sección B: Derecho humano a la libertad de conciencia.....	71
1. Conceptualización de la libertad de conciencia.....	71
2. La objeción de conciencia.....	74
3. La objeción de conciencia en la jurisprudencia costarricense	76
4. Algunos límites de la objeción de conciencia.....	79
Sección C: Derecho humano a la libertad de religión	82
1. Conceptualización de la libertad de religión.....	82
2. Libertad de culto	84
Sección D: Tratamiento normativo conjunto de las libertades de pensamiento, conciencia y religión.....	86
1. En instrumentos universales de protección de los derechos humanos.....	86
2. En instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.....	87
3. En la legislación costarricense	88
Sección E: Pensamiento, conciencia y religión como libertades diferentes y relacionadas	90
1. Bienes jurídicos tutelados	90
2. Limitaciones y vulneraciones al bien jurídico	91
CAPÍTULO III. El derecho preferente a escoger el tipo de educación de los hijos, hijas y representados/as.....	92
Sección A: El “derecho preferente” en la doctrina	93

1. Posibles antecedentes históricos	93
2. La patria potestad.....	95
3. Doctrina de la situación irregular.....	97
4. Aproximación histórico-conceptual del término: “derecho preferente”	98
Sección B: El “derecho preferente” en la normativa	101
1. Instrumentos universales de protección de los derechos humanos.....	101
2. Instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos	105
3. Normativa costarricense	107
4. Normativa comparada.....	109
Sección C: El “derecho preferente” en la jurisprudencia.....	112
1. El caso de Ecuador.....	112
2. El caso de Colombia	116
3. El caso de Costa Rica.....	117
Sección D: Propuesta conceptual e interpretativa del término “derecho preferente”	120
1. Doctrina de la protección integral.....	120
2. Derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	122
3. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados/as	125
4. La autoridad parental a la luz de la protección integral.....	127
5. Propuesta conceptual e interpretativa del término “derecho preferente” en el contexto del derecho a la educación.....	130
CAPÍTULO IV: Educación sexual integral: ¿Educación violatoria o garante de derechos?	135
Sección A: La propuesta de la teoría conflictivista a la resolución del problema de investigación	136
1. La jerarquización de derechos	136
2. La ponderación de derechos	138
Sección B: La propuesta de la teoría armonizadora o teoría no conflictivista a la resolución del problema de investigación.....	140
1. Método de aplicación.....	141
Sección C: Aplicación de la teoría armonizadora al problema de investigación.....	144
1. Criterio de interpretación literal.....	145
2. Criterio de interpretación sistemática	146
3. Criterio de cláusula internacional	147

4. Criterio de interpretación teleológica	150
5. Criterio de concordancia práctica o principio de proporcionalidad.....	151
Sección D: Crítica a la sentencia número 2012-10456 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.....	160
1. Comentarios al razonamiento de la sentencia.....	161
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	169
Recomendaciones	174
Bibliografía.....	176

Índice de abreviaturas

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Comité CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Conferencia El Cairo	Conferencia Internacional de Población y Desarrollo celebrado en El Cairo
Convención Belém do Pará	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
CP	Constitución Política de la República de Costa Rica
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DADDH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ESI	Educación sexual integral
INEC	Instituto de Estadísticas y Censos
INAMU	Instituto Nacional de las Mujeres
MEP	Ministerio de Educación Pública
OEA	Organización de Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
El Programa	Programa de Estudios “Educación para la Afectividad y la Sexualidad Integral”
Protocolo 1	Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos

SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SUPDH	Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNFPA	Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas

Resumen

Con la implementación del “Programa de estudio de educación para la afectividad y sexualidad integral”, Costa Rica procuró dar cumplimiento a las obligaciones que incorporan los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en materia de derechos sexuales y reproductivos, específicamente, las relativas a la educación sexual integral, sin embargo, este avance se ha visto marcado históricamente por el debate entre ópticas a favor y en contra que han obstaculizado la ejecución generalizada y sostenida de un programa integral sobre educación sexual.

Durante su puesta en marcha, en el año 2012, la Sala Constitucional de la CSJ dicta la sentencia número 10456-2012, donde declara parcialmente con lugar un recurso de amparo respecto a la violación de la libertad de conciencia al implementar e impartir dicho programa, ante el hecho, según la Sala Constitucional de la CSJ, de que este tipo de enseñanza forma parte del acervo moral de los educandos e incide en su escala de valores, en sus creencias y en su conciencia, por lo que la sentencia da el aval para que padres, madres o tutores/as puedan excluir al/la estudiante de recibir educación sexual integral por medio de un mecanismo de objeción de conciencia.

Frente a este panorama, la investigación procura demostrar que una educación conforme a los criterios morales y religiosos de los padres, madres o tutores, que omite el pleno desarrollo de la personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, se basa en un modelo adultocentrista, que no considera el interés superior del niño y la niña; y, por ende, es violatorio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Para la demostración de la hipótesis anteriormente referida se plantea, como objetivo general, analizar el alcance del derecho a la educación sexual integral frente al derecho a la educación conforme a los criterios morales y religiosos de los padres/madres/tutores. En ese sentido, con el propósito de atender el análisis, se delimita el contenido del derecho a la educación sexual integral por medio de la identificación de la garantía y violación de otros derechos al brindarla o no, con el fin de determinar si corresponde en la categorización de derecho humano. Posteriormente, se establece el contenido del derecho humano a la libertad de

pensamiento, conciencia y religión por medio de un análisis diferenciado de cada derecho con el fin de conceptualizarlos de forma independiente.

Por otra parte, se recopila el contenido del derecho preferente de los padres/madres a elegir la educación de sus hijos por medio de un análisis doctrinal y jurisprudencial con el fin de determinar el alcance de este derecho; y se analiza el derecho preferente de los padres/madres/tutores a elegir la educación de los y las menores a su cargo de conformidad con sus principios morales y religiosos, mediante un razonamiento de ponderación y proporcionalidad que determine si existe violación a sus derechos ante la implementación de la educación sexual integral en el sistema educativo formal.

Finalmente, se proponen recomendaciones a Costa Rica para garantizar el derecho a la educación sexual integral, el derecho de pensamiento, conciencia y religión de los sujetos tutores, padres, madres y personas menores de edad, y el derecho preferente de los padres a elegir la educación de sus hijos

Ficha bibliográfica

Martínez Arnúero, Denisse. Educación sexual integral: ¿un derecho de los niños, niñas y adolescentes o elección de padres, madres y tutores? Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. Xi y 207.

Director: Alfonso Chacón Mata

Palabras claves: derecho preferente, derechos de los niños, niñas y adolescentes, derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos, educación sexual integral, instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, libertad de pensamiento, conciencia y religión, objeción de conciencia, sexualidad.

Introducción

Antecedentes

Desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“DUDH”, en adelante), se generalizó la disposición de brindar educación gratuita a todas las personas, con el objetivo de fortalecer y promover una cultura de derecho, libertad, tolerancia y paz.¹ De forma posterior, con la promulgación de otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”, en adelante), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”, en adelante), la Convención sobre los Derechos del Niño (“CDN”, en adelante), la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”, por sus siglas en inglés, en adelante), etc.; se conforma el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (“SUPDH”, en adelante), donde se incluyen libertades y protecciones de cumplimiento obligatorio para los Estados que suscriben dichos instrumentos y a quienes se les da seguimiento sobre el cumplimiento de la normativa por medio de órganos denominados Comités.

Algunos de estos instrumentos fueron directamente creados para ofrecer garantías particulares a ciertas poblaciones que, por su condición, ya sea sexo, raza, edad, entre otros; son consideradas como vulnerables frente a la sociedad, tal es el caso de las niñas, niños y adolescentes, a quienes la Convención de Derechos del Niño, les otorga garantías de protección particulares.

Aunado a ello, para la región de América Latina en particular, dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (“OEA”, en adelante), se desarrolla el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“SIDH”, en adelante) como un mecanismo para promover y proteger los derechos humanos en América. Por medio de su Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“DADDH”, en adelante) específicamente se dispone que los Estados parte alcancen el progreso espiritual y material de su ciudadanía

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948”, Art. 26, Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017)

por medio de la educación², lo cual, es complementado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”, en adelante), la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención Belém do Pará”, en adelante).

Ambos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos constituyen un marco de acción para los Estados suscritos a ellos, donde se plasman obligaciones para estos, así como derechos para las personas. En particular, el derecho a la educación se encuentra presente en la mayoría de dichos instrumentos; se resume como el derecho a adquirir conocimientos y habilidades, y se caracteriza por facilitar la realización de otros derechos.

Por ello, en cumplimiento de las obligaciones internacionales, la Constitución Política de la República de Costa Rica (“CP”, en adelante), instaura la educación formal como obligatoria desde los niveles de preescolar a general básica³ y en derivación a esta disposición, por medio de la ley número 2160 de la Asamblea Legislativa, denominada “Ley Fundamental de Educación”, establece el derecho de todas y todos los habitantes a la educación y la obligación del Estado de otorgarla⁴. De conformidad con este escenario normativo que tutela ampliamente el derecho a educarse de las personas es que el país ha desplegado y continúa desplegando diversas políticas y programas destinados a garantizar el acceso al derecho a la educación.

Particularmente, Costa Rica, de forma ejemplificante, decidió abolir su ejército para transferir las partidas hacia el desarrollo de su sistema educativo, lo que le ha permitido incrementar sus capacidades en la garantía de este derecho.

² Organización de Estados Americanos, “Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, 30 de abril de 1948”, Art. 12, Sinalévi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15384&nValor3=16492&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017)

³ Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, “Constitución Política de la República de Costa Rica. 8 de noviembre de 1949”, Art. 78, Sinalévi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017)

⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No. 2160: Ley Fundamental de Educación. 25 de septiembre de 1957”, Art. 1, Sinalévi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=31427&nValor3=33152&strTipM=FN (último acceso: 1 de abril de 2018)

Sin embargo, tal derecho parece ser un derecho restringible cuando, a pesar de las disposiciones internacionales, se trata de impartir educación sexual integral (“ESI”, en adelante) a la niñez, en las instituciones de educación formal. En esa área de la educación han entrado en discusión aspectos morales y religiosos que rigen la vida de las personas que tienen la tutela de los niños, niñas y adolescentes educandos. Tal situación se ve afianzada en disputas legales en el nivel del derecho nacional, e incluso internacional, producto de que tanto los instrumentos internacionales, como nacionales, tutelan también la libertad de pensamiento, conciencia y religión en un mismo nivel que la educación.

Adicionalmente, la DUDH establece de forma explícita el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que recibirán sus hijos e hijas y lo cataloga como un “derecho preferente”⁵ y en la DADDH, se manifiesta el deber de los padres de educar a sus hijos menores de edad⁶. Ambas disposiciones son desarrolladas en los pactos internacionales de protección de los derechos humanos y en las convenciones, que tienen un carácter obligatorio para los países que se adhieren a estos instrumentos.

Así las cosas, al judicializarse la consideración de que se violenta alguno de los derechos (educación o libertad de conciencia), las cortes constitucionales, por medio de sus votos, han determinado qué pretensión demandada lleva razón.

Tal es el caso de Europa, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”, en adelante) en el año 1976, conoció una primera acción referente al tema de educación sexual institucionalizada dirigida a personas menores de edad, bajo el caso conocido como Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca. En su petitoria, las personas demandantes pretendían eximir a sus hijos/as de la enseñanza de educación sexual, ya que la consideraban como “contraria a sus convicciones de padres cristianos”⁷, alegando que contrariaba la normativa instaurada en el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos (“Protocolo 1”, en adelante) y las libertades fundamentales que indica

⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Ibidem*, Art. 26.

⁶ Organización de Estados Americanos, *Ibidem*, Art. 30.

⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia No. 3; Kjeldsen, Madsen, y Pedersen contra Dinamarca; 7 de diciembre de 1976”, párr. 44, Sitio web: https://app.vlex.com/#WW/vid/365669858/graphical_version (último acceso: 9 de Septiembre de 2017).

que, si bien el Estado garantiza el derecho a la instrucción, este debe asegurar la educación, conforme a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres⁸.

El TEDH enfoca su razonamiento en tres vertientes para declarar sin lugar la petitoria, a saber: i) descartar el adoctrinamiento, ii) la no prohibición de la ley de formar con conocimientos que potencialmente puedan tener aspectos con carácter filosófico y iii) la posibilidad de los padres de acudir a la educación privada o doméstica.⁹

Otro referente, más actual, específicamente del año 2011, el TEDH conoce el caso denominado Dojan y otros contra Alemania, donde los padres, de igual forma alegan una violación al artículo 2 del mismo Protocolo antes mencionado, ya que fueron sancionados tanto administrativa como penalmente por negarse a permitir que las personas menores de edad bajo su tutela, asistan a clases y actividades relacionadas con temas de educación sexual.¹⁰

Al respecto el TEDH concluye que mientras los contenidos curriculares sean impartidos de forma objetiva, equilibrada, crítica, de calidad, plural, profesional y neutral, es decir sin imponer un adoctrinamiento a las niñas y niños, ellos/as deben ser parte del sistema de enseñanza obligatoria del Estado.¹¹

Además de estos dos casos, el TEDH ha resuelto también dos acciones más que alegan violación al artículo 2 del Protocolo 1, uno de ellos es Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España en el año 2000, donde el Tribunal concluye que, al tratarse de educación sexual con información objetiva y científica de carácter general para el desarrollo del ser humano, no se viola ningún derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos.¹²

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia No. 319/08; Dojan y otros contra Alemania; 13 de septiembre de 2011”, párr. (no indica), Sitio web: <https://www.crin.org/en/library/legal-database/dojan-v-germany+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cr> (último acceso: septiembre de 15 de 2018).

¹¹ Ibidem.

¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia No. 51188/99; Jiménez, Merino contra España; 25 de mayo de 2000”, p.48, Documento de sitio web: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Corte%20Europea%20de%20Derechos%20Humanos_0.pdf. (último acceso: 12 de septiembre de 2017).

Y el caso Konrad y otros contra Alemania del año 2006, declarado improcedente por carecer de fundamento en la petitoria de eximir a sus hijos de forma total de la asistencia a la institución educativa, esto con el fin de educarlos conforme a un sistema pedagógico cristiano.¹³

En síntesis, el TEDH ha preconizado la importancia del sistema educativo formal, como medio socializador de niños, niñas y adolescentes, y la educación sexual, como insumo de conocimiento para el desarrollo del ser humano, dentro de un marco de respeto de las filosofías morales y religiosas de los padres, mientras esta sea neutra e informativa, desde la teoría científica y no filosófica.

Este debate también se ha implantado en América Latina en los últimos años y Costa Rica no ha sido la excepción. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”, en adelante) emitió fallos relacionados con el derecho a la ESI de las niñas, niños y adolescentes, haciendo ciertas aproximaciones al respecto.

Por ejemplo, el caso denominado Atala Riffo y niñas versus Chile, que en síntesis refiere a la preferencia sexual de los padres y madres, la cual no debe ser aspecto de consideración para determinar la idoneidad o afectaciones en la educación, para estos efectos, realizó la siguiente aproximación:

“Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.”¹⁴

Lo anterior, a raíz de que la Corte Suprema de Justicia de Chile acreditaba:

“i) el presunto “**deterioro** experimentado por el entorno social, familiar y **educacional** en que se desenvolvía la existencia de las menores de edad, desde que

¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia No. 35504/03; Konrad y otros contra Alemania; 11 de septiembre de 2006”, Documento de sitio web: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Corte%20Europea%20de%20Derechos%20Humanos_0.pdf. (último acceso: 12 de septiembre de 2017).

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia: Atala Riffo y niñas versus Chile; 24 de febrero de 2012”, párr. 110, Sitio web: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e (último acceso: 15 de junio de 2018).

la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia podía causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; ii) la alegada existencia de una “situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual debían ser protegidas” por “la **eventual confusión de roles sexuales** que podía producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual.”¹⁵

Este acercamiento de la Corte IDH con el derecho a la educación, permite concluir que la capacidad e idoneidad para tener la tutela de la persona menor de edad no depende de aspectos cargados de estereotipos como la preferencia sexual de la madre o el padre, y que esto no interfiere en la educación o desarrollo sexual de la niñez, siendo este uno de los precedentes vinculados más aterrizados y que es necesario consignar en esta ambientación para el caso del Sistema Interamericano.

Más ampliamente, en cuanto a lo que esta investigación refiere, se desprende del razonamiento utilizado en sentencia la importancia de que se valore el interés superior del niño/a por sobre afirmaciones que pueden estar fundamentadas en estereotipos y no sobre la base de los derechos humanos.

De forma más relacionada con el derecho a la ESI, en el caso Guzmán Albarracín y Otras versus Ecuador, la Corte IDH acredita la responsabilidad del Estado de proveer ESI como un mecanismo de prevención y protección especial de la niñez, que contribuye a dar garantía de otros derechos como el derecho a una vida libre de violencia. La Corte IDH es contundente en cuanto a las medidas de prevención de la violencia sexual y reproductiva en el marco del proceso educativo, al indicar que: “el derecho a la educación, conllevan la obligación de proteger a las niñas y adolescentes contra la violencia sexual en el ámbito escolar. (...) Los Estados deben establecer acciones para vigilar o monitorear la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y desarrollar políticas para su prevención.”¹⁶

¹⁵ *Ibidem*, párr. 97.

¹⁶ Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de junio de 2020, párr. 117).

Como resultado, la Corte IDH concluye que la omisión de la ESI en el ámbito educativo formal, puede potenciar la situación de vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes, y forma parte de la violencia estructural que sufren. La sentencia deja en claro que, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas tendientes a la prevención de actos de violencia sexual y que la omisión de este deber para con los grupos etarios que requieren protección especial, como lo son los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la desigualdad y la discriminación que enfrentan las mujeres en la sociedad actual, debería generar responsabilidad Estatal ante una eventual disputa jurídica.

Otro acercamiento de la Corte IDH, se da en la opinión consultiva número OC-17/2002, solicitada por la CIDH, sobre la condición jurídica y derechos del niño y la niña. El criterio a resaltar refiere a que el niño/a, además de ser sujeto de protección, también es un sujeto de derechos; específicamente, la misma establece que la suma de educación y cuidado de la salud de las niñas, niños y adolescentes “suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños”¹⁷. El no garantizar estos derechos, les coloca en posición de desventaja en razón de su condición etaria respecto a la posibilidad de exigir de forma plena sus derechos y, como consecuencia eventual, pueden estar expuestos a situaciones desfavorables que, potencialmente, generan impactos negativos para los niños, niñas y adolescentes y para la sociedad, inclusive.¹⁸

A modo de ampliación, el juez A.A. Conçado Trindade realiza un voto concurrente a la Opinión Consultiva, apuntando:

“El corpus juris de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva 17/2002; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño; 28 de agosto de 2002”, p.86, Documento de sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (último acceso: 14 de diciembre de 2017).

¹⁸ *Ibidem*.

Derechos del Niño, la cual, a su vez, ha fomentado una visión holística e integral de los derechos humanos”¹⁹

Estos extractos tienen especial relevancia porque especifican que, independientemente de la condición etaria, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a conocer cuáles son sus derechos humanos, gozarlos de forma plena y, en caso de que se les negase, poder exigirlos sin que su edad les sea un impedimento, por lo cual, debe el Estado actuar como un garante permanente y con mayor intensidad cuando las personas que tienen la tutela de estos niños, niñas o adolescentes, sean quienes obstaculicen o impidan el acceso a los derechos humanos que les corresponden.

Finalmente, para el caso específico de Costa Rica, ante la incorporación del Programa de Estudios “Educación para la Afectividad y la Sexualidad Integral” (“El Programa”, en adelante) del Ministerio de Educación Pública (“MEP”, en adelante), implementado durante el año 2012, la Corte Suprema de Justicia (“CSJ” en adelante) se pronunció respecto al tema en su voto número 10456 de las diecisiete horas y veintisiete minutos del primero de agosto de dos mil doce, ante su impugnación por parte de varias familias.

El hecho principal se fundamenta en que se omitió la participación de los padres/madres/tutores al momento de la aprobación del Programa y que tal acto viola la patria potestad que les permite a los padres, en la ejecución de su autoridad parental, orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos e hijas y que, por ende, se encuentran tutelados por el derecho a la opinión y consulta; además, de que la educación sexual tiene especial relevancia, al encontrarse estrechamente ligada con los principios morales y religiosos de los padres/madres/tutores.²⁰

Al respecto la Sala Constitucional de la CSJ, en su voto de mayoría, reconoce que si bien el Estado, a través del MEP, realizó un esfuerzo para el cumplimiento de la normativa internacional que obliga a la implementación de la educación sexual en pro de la salud

¹⁹ *Ibidem*, Voto concurrente A. Cañado, p.18.

²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, “Acción de inconstitucionalidad: voto No. 10456; 1 de agosto de 2012”, *Sinalevi*: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=02-007617-0007-CO&strTipM=E (último acceso: 10 de diciembre de 2017).

pública; reconoce también, el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación que se adecúe a sus creencias religiosas y valores morales, conforme lo ha establecido en diversos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos.²¹

Sin embargo, las opiniones de los magistrados constitucionalistas son diversas y opuestas en los votos particulares. Por ejemplo, el Magistrado Jinesta Lobo indica, que si bien el principio de participación ciudadana debe ser fomentado de acuerdo con lo que establece la CP, no significa que las decisiones del Poder Ejecutivo en sus ministerios deban ser necesariamente sometidas a la consulta de todos las y los actores de la sociedad, bastaría con contar con un equipo interdisciplinario que participe en el diseño de la política pública, en cuanto esta se limite al respeto del bloque de constitucionalidad,²² por lo cual, salva el voto y declara sin lugar el recurso en todos sus extremos por considerar que no se infringe la libertad religiosa ni el principio de participación.

No así, el Magistrado Cruz Castro discrepa en cuanto considera que la participación de los padres y madres de familia debió haber sido parte del procedimiento desarrollado para la implementación de dicho programa, por la estrecha relación que tiene el tema con los principios religiosos de los tutores²³, por lo cual declara el recurso con lugar en todos sus extremos.

Adicionalmente, la Magistrada Calzada declara sin lugar el recurso y complementa el voto con razones adicionales, respecto a la importancia de tutelar ambos derechos, pero da especial relevancia, a las manifestaciones que las niñas, niños y adolescentes hagan respecto a su consentimiento, para lo cual se le debe brindar el espacio pertinente para que exprese su decisión respecto al tema,²⁴ de conformidad con el principio de interés superior del menor.

Finalmente, el Magistrado Rueda brinda algunas razones por las cuales se opone al voto de mayoría, en las cuales manifiesta que el Estado debe reconocer y respetar que en los temas de valores y convicciones religiosas los padres son quienes se encuentran facultados para

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

educar a los hijos e hijas, sin embargo, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la libertad de pensamiento conciencia y religión, tal y como lo han establecido los instrumentos de derechos humanos, y por ende, debe respetarse la opinión de estos. Ante esta disyuntiva es que discrepa de la mayoría y considera necesario incluir un mecanismo donde las niñas, niños y adolescentes sean tomados/as en consideración previa a la toma de la decisión por ser un derecho que les asiste.²⁵

Así las cosas, este voto refleja un ejemplo de la diversidad de criterios jurídicos respecto al tema que imperan en el país y que anteceden a esta necesaria investigación. Asimismo, frente a esta disyuntiva, se han manifestado diversas posiciones públicas de carácter político-religiosas que, probablemente, han complejizado la tarea en el país de una adopción plena de la ESI, en todos los niveles educativos y que responda a las obligaciones estatales, de conformidad con el recorrido normativo abordado en estos antecedentes.

Justificación del tema

A la luz de la implementación del Programa del MEP llamado “Educación para la Afectividad y Sexualidad Integral” se han generado posturas a favor y en contra de la aplicación, dentro del sistema escolar institucionalizado, por parte de la sociedad costarricense. Esto a pesar, de que en diversos países el tema ha sido superado, logrando cumplir con los estándares de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Por un lado, una de las principales fundamentaciones en contra de la incorporación de la ESI en el sistema educativo formal costarricense se debe a la adopción de un discurso transnacional que se ha afianzado en el país. Este es promovido por el sector “conservador”-religioso del país y consiste en la oposición a lo que han denominado como “ideología de género”, la cual, según indican, va en contra de la práctica de la sexualidad de acuerdo con los principios “naturales” y religiosos, además de ir en detrimento de la familia de acuerdo con el modelo bíblico inicial, y que, según su argumentación, se encuentra presente en el Programa. Así lo ha manifestado la Conferencia Episcopal de Costa Rica:

²⁵ *Ibidem*.

“ideología de género, promovida por distintas instancias del Gobierno, entre ellas Ministerio de Educación a través de su programa de estudio para la Afectividad y Sexualidad Integral, con el propósito de adoctrinar en esta línea de pensamiento a niños y jóvenes (...) pretende partir en dos los aspectos inseparables de la realidad. (...) Lo ideológico ciertamente es imaginario y ciertamente, como está sucediendo, es manifestación de dominio y de poder”; expresa, además, “la sexualidad no puede ser definida por una ideología sino por una visión integral del hombre que busque el respeto de sus principios éticos y religiosos.”²⁶

En la misma línea, la Alianza Evangélica manifiesta: “Entendemos que el deseo del Ministerio de Educación en Costa Rica, es implementar este tipo de educación (ideología de género) en los niveles más inferiores de la educación costarricense. Eso nos causa una gran preocupación y es donde hemos querido levantarnos”.²⁷

Este discurso en contra de lo que llaman “Ideología de género” ha generado movimientos de apoyo como, por ejemplo: “¡Despierta Costa Rica!”²⁸ que, en común, se identifican en redes sociales con los *hashtags* “No te metas con mis hijos” y “A mis hijos los educo yo”. Además, han convocado y celebrado marchas denominadas “Por la familia”²⁹, y han movilizado manifestaciones con cierre de escuelas que han provocado retrasos en inicios de cursos lectivos³⁰.

Incluso, la popularidad del movimiento, ha logrado centrar la campaña electoral del año 2018 alrededor del tema³¹ con preguntas de los medios de comunicación como: “¿si yo fuera presidente eliminaría o mantendría los programas de educación sexual en los colegios?” y teniendo como resultado manifestaciones de candidatos presidenciales tales como: “Apoyo una educación sexual que excluya la ideología de género y una educación que refuerce

²⁶José Rafael Quirós Quirós, “Comunicado CECOR sobre Ideología de Género”, 2017, Sitio web: <https://www.crhoy.com/nacionales/iglesia-se-opone-a-clases-de-sexualidad-del-mep/> (último acceso: 12 de junio de 2018).

²⁷Rigoberto Vega, (Director ejecutivo de la Alianza Evangélica), entrevista de MundoCristiano.tv, “Cristianos de Costa Rica luchan por educar a sus hijos ante imposición de ‘ideología de género’”, 24 de julio de 2017.

²⁸ Información disponible en: <https://www.facebook.com/despiertacostaricagrupo civil/>

²⁹ Convocatoria disponible en: <https://www.facebook.com/FidesCR/posts/2181207751905525>

³⁰ Información disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/padres-bloquean-15-escuelas-como-protesta-contra-educacion-sexual-en-costa-rica-articulo-738020>

³¹ Información disponible en: <https://www.elmundo.cr/ideologia-genero-centro-la-campana-electoral/>

nuestros valores y la familia.”³² “Debe ser decisión de los padres.”³³ y “Guías sexuales sí, pero sin la ideología de género.”³⁴

Ahora bien, en contraposición con las posturas anteriores, un segundo sector emitió comunicados para dar a conocer su respaldo al Programa, argumentando que la educación sobre temas de salud sexual y reproductiva disminuiría algunos de los problemas sociales que han afectado a las niñas, niños y adolescentes durante muchos años atrás, tales como: relaciones de poder, embarazo adolescente, enfermedades de transmisión sexual, violencia, discriminación, etc. Así lo manifestó Waynner Guillén, en nombre del Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica:

"El Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica, comprometido con el desarrollo y bienestar integral de las personas, especialmente las personas menores de edad, así como con la construcción de una sociedad más igualitaria, respetuosa y solidaria, desea reconocer públicamente los avances que el Ministerio de Educación Pública ha mostrado en materia de Educación de la Afectividad y la Sexualidad Integral como parte de su misión de garantizar el derecho a la educación integral de niñas, niños y adolescentes".³⁵

De igual forma, el Instituto de Investigación en Educación de la Universidad de Costa Rica comunicó su respaldo al Programa indicando:

“(…) como entidad especializada en los procesos de investigación en el campo educativo desde el seno del Consejo Científico, el cual se integra por investigadores e investigadoras profesionales en educación, orientación, psicología, filosofía y comunicación colectiva, luego de tomar como base las investigaciones realizadas sobre género, diversidad y derechos humanos, hace manifiesto el apoyo al Programa de Educación para la Afectividad y Sexualidad Integral, aprobado e implementado por el Ministerio de Educación Pública.”³⁶

Ambas citas representaban a otro sector de la sociedad contrario al sector “conservador” que, como si se tratase de una votación partidaria, emitía su adhesión a favor del Programa. Esto

³² Óscar López, (Candidato presidencial 2018-2022), entrevista de Alfonso Mata Blanco, “Seis candidatos suprimirían diversidad de programa de educación sexual del MEP”, 11 de diciembre de 2017.

³³ Antonio Álvarez De Santi, (Candidato presidencial 2018-2022), *ibidem*.

³⁴ Fabricio Alvarado, (Candidato presidencial 2018-2022), *ibidem*.

³⁵ Waynner Guillén, (Presidente del Colegio Profesional de Psicólogos), entrevista de Patricia Recio, “Colegio de Psicólogos ratifica apoyo a clases de Afectividad y sexualidad del MEP”, 7 de febrero de 2018.

³⁶ Instituto de Investigación en Educación Instituto de Investigación en Educación, “Instituto de Investigación en Educación de la UCR a favor de los Programas de Educación para la Afectividad y la Sexualidad Integral. 7 de marzo de 2018”, Sitio web: <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2018/03/07/instituto-de-investigacion-en-educacion-de-la-ucr-a-favor-de-los-programas-de-educacion-para-la-afectividad-y-la-sexualidad-integral.html> (último acceso: 17 de junio de 2018).

convirtió el tema, más que en una disposición de la Administración Pública para cumplir sus obligaciones en materia de ESI, en una cuestión politizada con el cual un sector de la sociedad se identificaba o rechazaba, y que incluso permeó en la opinión pública de la ciudadanía, para definir su voto presidencial.

Las repercusiones de la politización de un tema de derechos humanos, como es el caso de la ESI, han provocado que Costa Rica, conocida en la región centroamericana por su respeto a los Derechos Humanos, y en el nivel mundial caracterizada por su ausencia de ejército, su sometimiento al Derecho Internacional y por ser promotora de procesos de paz; haya enfrentado y continúe enfrentando dificultades políticas y judiciales para avanzar en el tema de educación sexual y reproductiva, al punto en que, actualmente no ha logrado incorporar un programa de ESI en otros niveles como el escolar o en los primeros niveles de secundaria.

Es probable que, si el Programa se intentase extender hacia otros niveles educativos, el país vuelva a enfrentar debates tan fuertes como el anteriormente expuesto que, incluso, podrían poner en riesgo la estabilidad del avance alcanzado en materia de ESI.

En relación con todo lo expuesto, el desarrollo de la investigación adquiere relevancia importante en el sistema jurídico, cuestionando más adelante, si desde el ejercicio de la patria potestad, así como desde la inactividad estatal para la incorporación de la ESI en todos los niveles escolares y de secundaria, se ha impedido el goce y disfrute de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, causándoles consecuencias a corto, mediano y largo plazo. Y cuestionando si, en caso de la necesaria incorporación de la ESI, tanto en el resto de niveles colegiales, así como escolares, la oposición se tornará con más fuerza.

Problema

Costa Rica durante muchos años incumplió sus obligaciones internacionales en materia de educación sexual y reproductiva, lo cual ha violado el derecho de las niñas, niños y adolescentes a un desarrollo pleno, provocando consecuencias perjudiciales en el goce de sus derechos; sin embargo, con la implementación de la educación sexual integral en la currícula educativa del sistema de educación secundaria, sectores de la sociedad lo consideran como una violación al derecho de pensamiento, conciencia y religión.

Hipótesis

Los padres, madres y tutores asumen prácticas adulto-centristas para con sus hijos e hijas que omiten el pleno desarrollo de la personalidad, el fortalecimiento del respeto a los derechos y las libertades fundamentales de la niñez, las que, por ende, son prácticas violatorias de derechos humanos.

Objetivo General

Analizar el alcance del derecho a la educación sexual integral de cara al ejercicio del derecho a la educación conforme con los criterios morales y religiosos de los padres/madres/tutores, en el marco de la implementación del Programa sobre educación sexual integral en el sistema educativo costarricense.

Objetivos Específicos

1. Delimitar el contenido del derecho a la educación sexual integral por medio de la identificación de la garantía y violación de otros derechos al brindarla o no, con el fin de determinar si corresponde en la categorización de derecho humano.
2. Establecer el contenido del derecho humano a la libertad de pensamiento, conciencia y religión por medio de un análisis diferenciado de cada derecho con el fin de conceptualizarlos de forma independiente.
3. Recopilar el contenido del derecho preferente de los padres/madres a elegir la educación de sus hijos por medio de un análisis doctrinal y jurisprudencial con el fin de determinar el alcance de este derecho.
4. Analizar el derecho preferente de los padres/madres/tutores a elegir la educación de los y las menores a su cargo de conformidad con sus principios morales y religiosos, mediante un razonamiento de ponderación y proporcionalidad que determine si existe violación a sus derechos ante la implementación de la educación sexual integral en el sistema educativo formal.

5. Proponer recomendaciones a Costa Rica para garantizar el derecho a la educación sexual integral, el derecho de pensamiento, conciencia y religión de los sujetos tutores, padres y menores y el derecho preferente de los padres a elegir la educación de sus hijos.

Metodología

De conformidad con los objetivos planteados para esta investigación, se desarrollará una metodología analítica de la normativa y la jurisprudencia existente sobre el tema, la cual, se pretende, tenga un posible impacto en la practicidad del tema para este momento histórico en el ámbito nacional y ambiciosamente a nivel latinoamericano.

En la investigación, se desarrollan los postulados de cada variable del problema, su influencia y la interrelación de cada uno y se utiliza como eje transversal de análisis el interés superior del niño, lo anterior con el fin de que, a futuro, se evidencie la necesidad de incorporar lineamientos de implementación de la ESI en Costa Rica en todos los niveles de la educación formal con una visión plural, diversa y respetuosa de los derechos humanos.

Los objetivos específicos serán desarrollados de la siguiente manera:

Inicialmente, se recopilarán las construcciones doctrinarias realizadas por parte de especialistas en ESI y sus componentes, con el fin de tener una conceptualización clara que permita determinar la relación de la ESI con otros derechos y su caracterización como derecho humano en sí mismo.

Posteriormente, se realizará una recopilación doctrinaria y jurisprudencial, con el objetivo de conformar una descripción diferenciada e independiente de los contenidos del derecho humano a la libertad de pensamiento, derecho humano a la libertad de conciencia y derecho humano a la libertad de religión, que permita esclarecer la relación, afectación o influencia que tiene cada uno de estos derechos con la incorporación de la ESI en la educación formal.

Y, en tercer lugar, se analizarán criterios doctrinarios y jurisprudenciales acerca del derecho preferente de los padres/madres a elegir la educación de sus hijos, para determinar el contenido y alcance de este derecho.

De esta manera, a partir de estas conceptualizaciones, se realizará un análisis deductivo para brindar una aproximación respecto a la determinación de una potencial violación al derecho de pensamiento, conciencia y religión a los sujetos tutores/as, padres/madres y niños, y al derecho preferente de los padres/madres a elegir la educación de sus hijos/as con la incorporación de la ESI en los programas de estudio de la educación formal; o de forma contraria, si existe una potencial violación al derecho a la ESI y a derechos conexos, al negarle este derecho a los niños, niñas y adolescentes, por parte de los padres/madres/tutores, fundamentados en sus criterios morales y religiosos. Este ejercicio considerará lo expuesto por la teoría armonizadora de derechos.

Finalmente, con el resultado de ese análisis, se generarán recomendaciones y lineamientos a Costa Rica, con el fin de garantizar los derechos que estudia la presente investigación en el marco del derecho humano a la ESI (el derecho de pensamiento, conciencia y religión de los sujetos tutores, padres y menores y el derecho preferente de los padres a elegir la educación de sus hijos).

Esta producción tomará en cuenta el estudio de la legislación nacional, del derecho internacional de los derechos humanos y derecho comparado; además de doctrina nacional e internacional, informes de organismos internacionales, entrevistas, noticias, artículos, así como documentales, reportajes, entre otros.

Esquema capitular

La presente investigación se estructura en cuatro capítulos subdivididos de la siguiente manera: el primer capítulo analiza la ESI a partir del derecho a la educación y desde los derechos sexuales y reproductivos para determinar si es un derecho humano de la infancia.

Consecuentemente el capítulo segundo conceptualiza el derecho humano a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de maneras separadas para determinar el alcance de cada uno de ellos.

Respecto al tercer capítulo, se analiza el derecho preferente a elegir la educación de los hijos/as establecido en la DUDH, de acuerdo con criterios doctrinales y jurisprudenciales, así

como el alcance de la patria potestad y la transversalidad del interés superior del menor en el tema.

El capítulo siguiente analiza los tres capítulos anteriores para determinar si la ESI es violatoria de derechos, garante o es un medio que garantiza otros derechos.

Para finalizar, esta investigación generará conclusiones y recomendaciones en el marco de una sociedad democrática, plural y diversa.

CAPÍTULO I: Educación sexual integral: ¿Derecho humano?

Desde hace un par de décadas, aproximadamente, los países de la región de América Latina han realizado esfuerzos por incorporar en sus programas de estudio la ESI, sin embargo, esta incorporación ha causado una respuesta de oposición por parte de sectores de la sociedad, quienes alegan la violación al derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos/as de acuerdo con sus principios morales y religiosos.

Costa Rica no se queda atrás, durante muchos años la educación sexual en el país se basó en conceptos meramente biológicos, limitando el conocimiento a los órganos componentes del sistema reproductivo femenino y masculino, y a la prevención y reconocimiento de las enfermedades venéreas, dejando de lado aspectos sociales igual de importantes que incorpora la ESI como el abordaje de las masculinidades no violentas, derechos sexuales y reproductivos, paternidad responsable, igualdad de género, relaciones de poder, diversidades, etc.

El Gobierno de Costa Rica, con la implementación de la ESI en el nivel de secundaria, no logró librarse de las críticas y oposiciones que giran en torno al tema. Diversos grupos alegaron que el tema transgrede el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y reiteraron el argumento sobre la vulneración del derecho de padres, madres y tutores de elegir la educación que sus hijos, hijas o representados/as han de recibir.

La confrontación jurídica se agrava cuando desde las Naciones Unidas, específicamente, desde la Relatoría para la Educación, se ha determinado que la ESI es un derecho humano de las personas y, bajo esta condición, los gobiernos se encuentran obligados a garantizar el acceso a este derecho.

En el presente capítulo se realizará un análisis para determinar si, efectivamente, la ESI es categorizable como derecho humano, estableciendo el contenido de este derecho y su relación con otros derechos conexos, lo cual facilitará, de forma posterior, la procedencia o no del alegato de los grupos de oposición antes mencionados.

El capítulo consta de tres secciones donde se responderán los cuestionamientos sobre: ¿qué es un derecho humano? ¿cuándo nos encontramos frente a un derecho que es categorizado

como humano? ¿qué contenido y alcance tiene el derecho a la educación? y si ¿es la educación sexual un derecho humano en sí mismo?

Sección A. Los derechos humanos

La presente sección pretende responder al cuestionamiento sobre cuáles supuestos, condiciones o características son necesarias para determinar que un derecho sea considerado como derecho humano. Para ello, se realiza un recorrido histórico en torno al surgimiento de los derechos humanos, así como la definición del concepto y sus características fundamentales desde una pluralidad de autores estudiosos del tema, consecuentemente, se analizan los derechos humanos emergentes y, para finalizar el capítulo, se estudia la dignidad como piedra angular de los derechos humanos.

1. Breve recorrido histórico

En el escenario de postguerra del año 1945, con el fracaso de la Sociedad de las Naciones, cincuenta representaciones gubernamentales diferentes crean la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”, en adelante) como un órgano encargado de proteger y propiciar la paz entre los países y evitar las guerras; así quedó establecido en su acta constitutiva: “practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos (...) asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común.”³⁷

Posteriormente, por medio de su principal órgano plenario para el año 1948, su Asamblea General decretó la DUDH; la cual, introduce oficialmente el término “derecho humano” para categorizar ciertos derechos que se encuentran por encima de otros debido a su importancia para el ser humano.

Sin embargo, se dice que los derechos humanos tienen una historia que se remonta siglos más atrás. Un número considerable de autores manifiestan que el origen de los Derechos Humanos es paralelo al inicio de la humanidad, partiendo de la existencia misma de la

³⁷ Organización de las Naciones Unidas. «Naciones Unidas.» *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945. <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html> (último acceso: 2 de agosto de 2018).

persona humana y de la dignidad que la reviste desde que nace hasta su muerte.³⁸ Los primeros vestigios de respeto por la dignidad humana expresamente manifiestos, es posible encontrarlos en escritos tan antiguos como: el Cilindro de Ciro, proclamado por Ciro El Grande en el año 539 a.C., en la Carta Magna de Juan sin Tierra del año 1215 o en la Carta de Mandén de 1222, escritos que reflejan determinadas salvaguardas y garantías que debían considerársele a la persona en esa época.

Siglos más adelante, es posible encontrar la *Petition of Rights* de 1628 en Inglaterra, el *Habeas Corpus* de 1679 y la *Bill of Rights* de 1689, caracterizados por ser elementos que inspiraron, incluso, revoluciones tan importantes como la francesa, producto de la cual se promulga la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que instaura principios considerados como “esenciales” para el desarrollo del ser humano en sociedad y que, a su vez, ha iluminado y promovido el reconocimiento moderno de los derechos humanos.

De conformidad con los filósofos e historiadores de los derechos humanos, independientemente de la sistematización de algunas visiones de dignidad realizadas por diferentes culturas en los instrumentos mencionados, fue hasta la modernidad, que los derechos humanos se conceptualizan jurídicamente y se generalizan de manera internacional.

Es decir, que fue a partir del surgimiento de la DUDH, donde se generan avances expresados a través de declaraciones, convenciones y protocolos que, por medio de la ONU, han sido ratificado por los Estados miembros que la componen, brindando un reconocimiento expreso al término.

Al respecto, se cuenta con instrumentos de derechos humanos clasificados en diferentes generaciones de acuerdo con su surgimiento. Una primera generación hace referencia a los derechos civiles y políticos; la segunda generación es sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y una tercera generación sobre la solidaridad entre las naciones. Estas generaciones son materializadas a través de sus correspondientes pactos y protocolos.

³⁸ Ricardo Escobar Delgado, «Los Derechos Humanos: concepto, visión y recorrido.» *Revista Republicana*, julio - diciembre 2011: 89-90.

Consecuentemente, también se habla de una cuarta y quinta generación de derechos, sin embargo, los/as doctrinarios/as no tienen un criterio único al respecto.

Dentro de los instrumentos que constituyen las generaciones de derechos humanos, es posible encontrar el derecho a la educación, así como el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho preferente de los padres, madres y tutores/as a elegir la educación de sus hijos e hijas que son objeto de estudio de esta investigación, pero previo al análisis de estos derechos, es necesario responder ¿qué se entiende o qué es un derecho humano?

2. Conceptualización

Desde el surgimiento del término “derecho humano”, se registran esfuerzos en procura de brindar una delimitación conceptual que defina el término de manera universal, completa e íntegra, por lo que diversos doctrinarios/as se han encargado del estudio del tema desde las diferentes corrientes de pensamiento, profundizando, tanto en su origen como en su evolución, lo que ha provocado la publicación de diversas definiciones que imposibilitan hablar de una única conceptualización del término.

Algunas de las corrientes de pensamiento más utilizadas y aceptadas son la iusnaturalista y la iuspositivista. Respecto a la primera, se entiende que los derechos humanos no provienen de una norma jurídica ya que “el ser humano tiene una serie de derechos inherentes a su propia existencia, los cuales son anteriores e incluso superiores al Estado”³⁹, en ese sentido, se infiere que el Estado simplemente se limita a hacer un reconocimiento de estos, ya que las personas son detentoras de estos derechos porque les son inherentes por el simple hecho de ser persona y existir.

Mientras que la segunda corriente refiere a que “todo derecho proviene de la actividad normativa del Estado y consecuentemente, no puede exigirse ningún derecho, si este no ha sido promulgado”⁴⁰ es decir, que el Estado debe desplegar su actividad legislativa para que,

³⁹ Miguel Ángel Contreras Nieto, *El derecho al desarrollo como Derecho Humano*, (México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2000, 4)

⁴⁰ *Ibidem*.

a través de la norma, estos derechos nazcan en la vida jurídica y les sean reconocidos a las personas.

Además de estas dos corrientes, existen otras fundamentaciones como, por ejemplo, la axiológica, que se basa en los valores; la historicista, que proviene de la aceptación histórica de los derechos de las personas; la aceptación por consenso entre autores; por disenso; y las basadas en el término de dignidad humana. Todas han sido plasmadas por los teóricos/as con la intención de respaldar, desde la teoría, estos marcos legales.

Sin embargo, dentro de esta diversidad de corrientes existen múltiples pensadores/as que se han dedicado a producir diferentes explicaciones para cada una de ellas, por lo que, decantarse por una en específico no es posible para efectos de esta investigación, pero podría resumirse con la idea de que el concepto de derecho humano, tiene sus fundamentaciones en la existencia misma del ser humano.

Por ello, las siguientes definiciones brindan un marco conceptual sobre qué se entiende por derecho humano, de acuerdo con la posición anteriormente descrita. Tal y como se indicó en los puntos anteriores a la presente sección, las Naciones Unidas como ente generador del término “derecho humano” entiende que estos “son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. (...) Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.”⁴¹

En la misma línea de ideas, el autor Jack Donnelly, apunta que: “Los derechos humanos son literalmente los derechos que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano.”⁴²

⁴¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *¿Qué son los derechos humanos?* 1996-2018. Sitio web: <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx> (último acceso: 2 de octubre de 2018).

⁴² Jack Donnelly, *Derechos humanos universales: teoría y práctica*, (México: Gernika, 1998, 23)

Ambas definiciones, manifiestan la amplitud del término por medio de un marco general que comprende a toda la humanidad, más limitan su conceptualización en torno al término de “derecho” para definir “derecho humano” sin indicar lo que este significa.

Por el contrario, Roccatti, utilizando variantes de la palabra “derecho”, indica que: “Los Derechos Humanos son aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo.”⁴³

De forma muy similar, el autor Contreras Nieto, define los derechos humanos como:

“el conjunto de facultades, prerrogativas y libertades, que corresponden al hombre por el simple hecho de su existencia; tienen como finalidad salvaguardar la dignidad de la persona humana considerada individual o colectivamente; su observancia comprende una serie de obligaciones y deberes, tanto para el Estado, como para los individuos, cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el orden jurídico nacional e internacional, para la conservación de la paz social y la consolidación de la democracia.”⁴⁴

En términos generales, estas definiciones resumen el término derechos humanos con tres palabras abocadas al propósito de garantizar la dignidad humana y el pleno desarrollo de la persona, a saber: facultades, que pueden significar poderes para hacer; prerrogativas, que pueden significar privilegios; y libertades, que pueden significar poderes de decisión.

Así las cosas, de conformidad con los aspectos concordantes de las definiciones brindadas, se ofrece una definición general que aspira englobar las anteriores en su conjunto, entendiendo los derechos humanos como: garantías básicas que son propias de todos/as los/as seres humanos/as, necesarias para desarrollarse en sociedad de manera digna.

⁴³ Mireille Roccatti Velazquez, *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México* (México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, 19)

⁴⁴ Miguel Ángel Contreras Nieto, *El derecho al desarrollo como Derecho Humano*, (México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2000, 7)

3. Características

Producto de las definiciones existentes en torno al concepto de derecho humano han surgido una serie de características que ayudan a comprender el alcance del término, sin omitir que, al igual que dichas definiciones, así como las fundamentaciones, las características han sido debatidas ampliamente y diversamente conceptualizadas. Así las cosas, para las Naciones Unidas, desde el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“ACNUDH” en adelante) se han caracterizado los derechos humanos como derechos:

- Universales,
- Inalienables,
- Interdependientes,
- Indivisibles,
- Iguales, y
- No discriminatorios.

Es posible entender, en la generalidad, las características de la siguiente manera: los derechos humanos son universales en razón de que todas las personas son detentoras de estos y todos los Estados deben promoverlos y protegerlos; los derechos humanos son inalienables, es decir que no es posible privar a las personas de estos derechos o transferirlos; los derechos humanos son interdependientes, entendiendo que están ligados unos con otros y por ello se complementan, e incluso se realizan unos con dependencia de otros; los derechos humanos son indivisibles, ya que deben ser garantizados en conjunto, caso contrario la privación de un derecho humano genera un eventual impacto en el goce íntegro de otros derechos; los derechos humanos son iguales, aplican para todas las personas; lo cual nos lleva a decir que son no discriminatorios, ya que no hacen distinción entre seres humanos por razones de raza, sexo, nacionalidad, edad, género, etnia, religión, entre otros.

Otros/as autores, como Vasak y Nikken, mencionan características adicionales a las indicadas por las Naciones Unidas, entre ellas la progresividad, que refiere a la evolución contemporánea que ha fomentado la ampliación de los derechos humanos; la irreversibilidad, entendida como una circunstancia de irrevocabilidad a partir de que se reconoce; así mismo, la Corte IDH también ha reconocido algunas de estas en sus opiniones consultivas como

sucede en la OC-5/85. Mas como se indicó anteriormente, no existe una postura única y generalizada sobre las características de los derechos humanos.

Todas estas particulares características reflejan el complejo reto de conceptualizar los derechos humanos de forma teórica, pero principalmente, el reto de que los Estados, en forma práctica, respeten, promuevan y garanticen un catálogo de derechos mínimos necesarios para la vida digna en sociedad de la persona habitante de su territorio.

4. La dignidad: piedra angular de los derechos humanos

La racionalidad para la toma de decisiones deliberadas y la capacidad de comprensión es lo que distingue a la persona del resto de seres⁴⁵ y son estas diferencias las que justifican que a la persona humana se le deban garantizar condiciones mínimas para realizarse integralmente.

De acuerdo con autores como Peces-Barba Martínez, Sánchez de la Torre y González Pérez, la libertad y la razón de la persona son aspectos característicos de la dignidad. En términos generales, la dignidad humana puede concebirse como un principio superior y fundamental, sobre la cual se asientan los demás derechos que le permiten a la persona realizarse por medio de la vida individual y social, en ámbitos, económicos, políticos, culturales, espirituales, sexuales, etc., y deriva propiamente de la naturaleza de la persona como ser humano, quien se encuentra dotada de la capacidad de raciocinio y libertad, característica que no comparte con ningún otro ser u objeto.

Humberto Nogueira, citado por Jorge Carpizo define la dignidad como:

“(...) el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad”.⁴⁶

Estas concepciones modernas, son anteceditas siglos atrás por conceptos filosóficos, muchos derivados del cristianismo donde se conceptualizaron y que ahora son referentes. Como parte de los conceptos más modernos, en la DUDH los Estados parte afirmaron que “todos los

⁴⁵ Jorge Carpizo, «Los Derecho Humanos: Naturaleza, denominación y características» *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio-diciembre 2011: 6.

⁴⁶ *Ibidem*

seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁴⁷, así como los demás instrumentos que tutelan derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación. Estas coincidencias y definiciones permiten concluir que sobre la dignidad humana es que se asientan los derechos humanos y sobre ella se desarrollan los diferentes instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos.

Se entenderá entonces que un derecho puede ser potencialmente considerado como derecho humano cuando este sea necesario para asegurar que el transcurso de la vida de la persona humana se desarrolle en todos los aspectos en condiciones de dignidad. Así las cosas, el término derecho humano, seguirá siendo una idea en constante expansión y evolución, tanto en contenido, como en término, de conformidad con René Cassin.⁴⁸ Se continuará construyendo su conceptualización de acuerdo con las necesidades y problemas del ser humano, así como por ejemplo sucede en la actualidad con el caso de los derechos de tercera generación: paz, ambiente sano y ecológicamente equilibrado, desarrollo, libre determinación, etc.

En ese sentido, poder detectar cuándo se está frente a un derecho humano dependerá de qué necesidades tenga el ser humano en vanguardia que le impiden gozar de una vida en condiciones de dignidad.

5. Derechos humanos emergentes

Como se describe en los párrafos anteriores, en una sociedad que evoluciona día con día, asegurar que el catálogo de derechos humanos actuales no va a variar, es prácticamente imposible. La globalización, la interconectividad, la tecnología, la ciencia, la política, la economía, la cultura, etc.; expone al ser humano a nuevas situaciones no exploradas por las áreas jurídicas, lo cual, eventualmente, hace que el derecho se vea involucrado en la tutela

⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948”, Art. 1, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017)

⁴⁸ Miguel Ángel Contreras Nieto, «Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.» *10 Temas de derechos humanos*, 2002, 11, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4813-10-temas-de-derechos-humanos> (último acceso: 24 de octubre de 2018).

de “nuevos” derechos o en resolución de controversias que no contaban con precedentes.

Pérez Luño, parafraseado por Miguel Contreras reconoce que:

“(…) el catálogo de las libertades nunca será obra completa y acabada, habida cuenta de que una sociedad libre y democrática tiende a manifestarse permanentemente receptiva a la aparición de nuevas necesidades, que a su vez fundamentan nuevos derechos. (...) Así, cada generación de derechos humanos responde a las necesidades humanas de su momento, pero también sirve de base para la conformación generacional sucesiva.”⁴⁹

A inicios del siglo XXI, la sociedad civil en conjunto con otros actores institucionales, elaboró la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes que, si bien no tiene un reconocimiento oficial por parte de la ONU o por parte de los Estados, coloca en la palestra de discusión la idea de que “Todos los seres humanos, libres e iguales y dotados de dignidad, somos acreedores de más derechos de los que tenemos reconocidos, protegidos y garantizados”⁵⁰ en razón de que “Los derechos humanos son, sin embargo, resultado de un proceso inacabado y en permanente transformación.”⁵¹ Actualmente, se consideran como fuentes de derechos los tratados internacionales, las constituciones políticas, la legislación interna, el derecho no escrito y la jurisprudencia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, a pesar de que repite los fundamentos de los instrumentos de derechos humanos oficiales de las Naciones Unidas, tales como la DUDH, establece un nuevo contenido de los valores que la cimentan, es decir, brinda un nuevo concepto a cada uno de ellos o lo expande, aduciendo que el significado de los términos varía, en razón de que adquiere matices distintos con cada época.⁵²

Valores fundamentales como dignidad, vida, igualdad, solidaridad, convivencia, paz, libertad y conocimiento, así como los principios de seguridad humana, no discriminación, inclusión social, coherencia, horizontalidad, interdependencia y multiculturalidad, género, participación política, responsabilidad solidaria y exigibilidad son los que desarrolla el

⁴⁹ Antonio Enrique Pérez Luño. Citado por Miguel Ángel Contreras Nieto, *El derecho al desarrollo como Derecho Humano*, (México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2000, 30)

⁵⁰ Institut de Drets Humans de Catalunya, *Projecto de carta de derechos humanos emergentes*, 2009, 38, Documento de sitio web: <https://www.idhc.org/arxius/recerca/DUDHE.pdf> (último acceso: 20 de octubre de 2018).

⁵¹ *Ibidem*, 40.

⁵² *Ibidem*, 43.

documento y que aspiran a orientar, promover y propiciar una nueva relación entre la sociedad civil y el poder⁵³ colocando en manifiesto derechos humanos que emergen.

Los derechos emergentes son entendidos por Armijo como “esos derechos no reconocidos, pero que son inherentes al ser humano (...) tarea que no ha sido satisfecha, en su totalidad, por el diseño actual de protección de los Derechos Humanos”⁵⁴, a su vez, parafraseando a Gloria Ramírez, amplía diciendo que los derechos emergentes “son un conjunto de derechos que por un lado emergen después de haber sido “sumergidos” por el olvido, la indiferencia y el menosprecio por parte de los Estados y el conjunto del sistema internacional; y por otro lado, son todos aquellos derechos que surgen ante la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas.”⁵⁵

En ese sentido, frente a la ESI, podría surgir el cuestionamiento de que, si este derecho es un “derecho humano emergente” o si, más bien, ya se encontraba debidamente plasmado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Por ello, la siguiente sección desarrollará el reconocimiento de la ESI en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

⁵³ Ibidem, 38.

⁵⁴ Gilbert Armijo, *Derechos Emergentes en la Justicia Constitucional*, sin fecha, 3, Documento de sitio web: <https://studylib.es/doc/262931/derechos-emergentes-en-la-justicia-constitucional> (último acceso: 21 de octubre de 2018).

⁵⁵ Gloria Ramírez, citado por Gilbert Armijo, Ibidem, 21.

Sección B: Derecho humano a la educación y la educación sexual integral

En cuanto al derecho humano a la educación, la sección aborda algunos supuestos teóricos y normativos que han establecido la educación como un derecho humano, debido al rol fundamental que esta ostenta dentro de la sociedad. Asimismo, compila lo que se ha establecido, por parte de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en torno al derecho humano a la ESI.

1. Derecho humano a la educación y la ESI en el SUPDH

Desde la promulgación de la DUDH, el derecho a la educación gratuita, elemental y fundamental para todas las personas se proclama en el nivel mundial, con el objetivo de fortalecer y promover el respeto por los derechos humanos, la tolerancia, la paz y el pleno desarrollo de la personalidad.⁵⁶ Este derecho es considerado como un derecho intrínseco y necesario para que la persona pueda realizarse en otros derechos humanos.

Posteriormente, con la incorporación del PIDESC, los Estados Parte adquieren el deber de garantizar el derecho a la educación, el cual tiene como propósito el pleno desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana; el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; la participación y a favorecer la comprensión, tolerancia y amistad entre naciones, razas, etnias, religiones y promover la paz, para ello, se reitera la enseñanza primaria como obligatoria y gratuita, la enseñanza secundaria generalizada, accesible y progresivamente gratuita; y la enseñanza superior accesible y progresivamente gratuita.⁵⁷

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Comité DESC”, en adelante) ha señalado que para el cumplimiento de este derecho los Estados Parte deben cumplir con tres obligaciones: a) respetarlo, evitando medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación; b) protegerlo, que le impone la adopción de medidas que eviten una

⁵⁶ *Ibidem*, Art. 26.

⁵⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, Art. 13, Sitio web: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (último acceso: 10 de septiembre de 2018)

obstaculización por parte de terceras personas; y, c) la obligación de cumplir, donde se exige la adopción de medidas positivas para facilitar y proveer.⁵⁸

Estas tres obligaciones, a su vez, deben orientarse hacia el cumplimiento de los propósitos planteados en el PIDESC, a través de los planes de estudio, en todos los niveles educativos, bajo la comprobación y supervisión del Estado. Es decir, bajo el entendido de que, si los propósitos se cumplen, podría decirse que el Estado cumple con este derecho, en sentido contrario, si alguno de estos propósitos no es cumplido, el Estado estaría contraviniendo el Pacto.

Además de estas obligaciones, el Comité DESC también emitió observaciones relativas al derecho a la ESI en el marco de la protección de la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del PIDESC), donde indicó que para su ejercicio se requiere que los Estados partes cumplan también las demás obligaciones que incluye el PIDESC: “Por ejemplo, el derecho a la salud sexual y reproductiva, junto con el derecho a la educación (artículos 13 y 14) y el derecho a la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 2, incisos 2 y 3), entraña un derecho a una educación sobre la sexualidad y la reproducción que sea integral, que no sea discriminatoria, que esté basada en pruebas, que sea científicamente rigurosa y que sea adecuada en función de la edad.”⁵⁹

En ese sentido, el Comité DESC reconoce la especial situación de discriminación que afrontan las mujeres, por lo que expone la necesidad de “eliminar todos los obstáculos al acceso de las mujeres a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y reproductiva”, pero con más atención en el público adolescente, a quienes “los Estados deben proporcionar una educación para todos apropiada en función de la edad, con base empírica, científicamente exacta e integral sobre la salud sexual y reproductiva”⁶⁰.

⁵⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general No 13: Derecho a la educación*, 1999, Derecho a la educación: <https://www.right-to-education.org/es/resource/observaciones-generales-13-el-derecho-la-educaci-n-art-culo-13> (último acceso: 5 de agosto de 2020).

⁵⁹ Ibidem, *Observación General N° 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*, 2 de mayo de 2016, Párr. 9, Sitio web: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=es (último acceso: 4 de marzo de 2021).

⁶⁰ Ibidem, Párr. 47.

Ante este panorama, el Comité DESC le establece a los Estados partes la obligación básica de “f) Velar por que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación e información integrales sobre la salud sexual y reproductiva que no sean discriminatorias, que sean imparciales, que tengan una base empírica y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de los niños y los adolescentes;”⁶¹. Finalmente, se consigna como una violación a la obligación de cumplir si un Estado no adopta medidas para que “todas las instituciones de enseñanza incorporen en sus planes de estudios obligatorios una educación sexual imparcial, científicamente exacta, con base empírica, adecuada a la edad e integral.”⁶²

En el mismo sentido que el PIDESC, pero en el escenario particular en el que debe considerarse a las niñas, niños y adolescentes, como población vulnerable por razones etarias, la Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho de la niñez a la educación obligatoria y gratuita en primaria y el derecho de acceso a la educación secundaria y superior, la cual debe ser en condiciones de igualdad, que permita el desarrollo de la personalidad, las aptitudes, la capacidad mental y física, que fomente el respeto, la responsabilidad, la identidad cultural, los valores, la paz, la igualdad de los sexos, la diversidad, etc.⁶³

Específicamente, esta disposición de la Convención de los Derechos del Niño se enfoca en el derecho particular a la educación de la niñez y, para su interpretación especial, se cuenta con el Comité de Derechos del Niño, el cual se ha encargado de realizar los apuntes correspondientes, por medio de sus observaciones generales y desde la perspectiva del interés superior del niño/a.

Respecto al derecho a la educación de las personas menores de edad, el Comité de Derechos del Niño ha especificado que su objetivo debe dirigirse hacia el desarrollo holístico del menor, el cual incluye el respeto por los derechos humanos y capacidad para disfrutarlos todos, potenciar su sensación de identidad y pertenencia, así como su integración en la sociedad e interacción con otras personas y con el medio ambiente. Esto se concibe por medio

⁶¹ Ibidem, Párr. 49.

⁶² Ibidem, Párr. 63.

⁶³ Asamblea General de las Naciones Unidas, «Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos,» *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, Art. 28 y 29, Sitio web: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> (último acceso: 15 de agosto de 2018).

del desarrollo de sus aptitudes, aprendizaje, capacidades, dignidad, autoestima y confianza en sí mismo.⁶⁴

El Comité da a entender que la niñez, particularmente, debe contar con elementos básicos que le permitan enfrentar adecuadamente las dificultades tanto académicas como sociales, por ejemplo: “la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales.”⁶⁵

Es decir que, la propuesta educativa “holística” que interpreta el Comité a raíz de los artículos referentes a la educación, plasmados en la Convención de Derechos del Niño, debería comprender tanto aspectos físicos, mentales, espirituales y emocionales, como dimensiones intelectuales, sociales y prácticas de la persona menor de edad, lo cual, tiene estrecha relación con la ESI.

Con respecto a la particular ESI, el artículo 24, inciso f) de la misma Convención compromete a los Estados parte a desarrollar una educación en materia de planificación de familia. Es en este inciso que se consigna el compromiso del Estado de facilitar educación en torno a los derechos sexuales y reproductivos. A su vez, el Comité de Derechos del Niño ha insistido en la especial protección y educación sexual que debe brindársele a la niñez ante la pandemia por VIH/SIDA, la cual les expone a la discriminación. “Los Estados Partes deben examinar detenidamente las normas sociales prescritas en cuanto al sexo con miras a eliminar la discriminación sexual, puesto que esas normas repercuten en la vulnerabilidad de las muchachas y los muchachos al VIH/SIDA. En particular, los Estados Partes deben reconocer

⁶⁴ Comité de Derechos del Niño, «31° Período de sesiones.» Observación No. 1 Propósitos de la educación. 2002, párr. 4, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html#GEN1 (último acceso: 5 de agosto de 2020).

⁶⁵ Ibidem, párr. 4.

que la discriminación relacionada con el VIH/SIDA perjudica más a las muchachas que a los muchachos.”⁶⁶

El Comité continúa indicando que todas estas prácticas discriminatorias constituyen una violación de los derechos humanos de la niñez, según la Convención de Derechos del Niño, lo cual no es alejado a lo que ha establecido la CEDAW respecto a las políticas especiales que deben desplegarse para la protección de las mujeres.

La CEDAW, como instrumento normativo dedicado a la protección de las mujeres y niñas, establece pautas de orientar la educación para alcanzar la igualdad de género y lograr erradicar la discriminación de la mujer, para ello, indica que se debe proveer de las mismas oportunidades educativas a hombres y mujeres, libres de estereotipos sobre los papeles de lo masculino y lo femenino, y que incluya todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica.⁶⁷

En el plano particular de la ESI, la CEDAW compromete a los Estados Partes a adoptar medidas “para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”⁶⁸, lo que implica garantizar “e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”⁶⁹

Como parte del seguimiento que se da a este instrumento de protección de la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“Comité CEDAW”, en adelante) recomendó “i) Elaborar y aplicar planes de estudios adaptados a la edad, con base empírica y científicamente exactos, de carácter obligatorio y en todos los niveles de la enseñanza, que incluyan información completa sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos, el

⁶⁶ Comité de Derechos del Niño, «32º Período de sesiones.» Observación General N°3 El VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, Párr. 6, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html (último acceso: 4 de marzo de 2021).

⁶⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 3 de septiembre de 1981, Art. 10 y 14, Sitio web: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

⁶⁸ Ibidem, Art. 16.

⁶⁹ Ibidem.

comportamiento sexual responsable y la prevención del embarazo precoz y las enfermedades de transmisión sexual”⁷⁰, como una respuesta a la especial situación de discriminación y violencia que históricamente sufren y continúan sufriendo las niñas, tal y como lo narra el Comité CEDAW:

“68. El abuso sexual de las niñas puede ocasionar embarazos no deseados, lo que hace necesario alertarlas, en particular durante la adolescencia, de ese problema y sus consecuencias. Una respuesta adecuada a la magnitud de ese problema en el hogar, la escuela y la comunidad consiste en implantar en todos los niveles de la enseñanza planes de estudios obligatorios y adaptados a la edad sobre educación sexual integral, en que se aborden la salud y los derechos sexuales y reproductivos, el comportamiento sexual responsable, la prevención del embarazo precoz y la prevención de las enfermedades de transmisión sexual, de conformidad con los artículos 10 h) y 12 de la Convención y las recomendaciones generales del Comité núm. 24 (1999), sobre la mujer y la salud, y núm. 35 (2017), sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualizó la recomendación general núm. 19.”⁷¹

De esta manera, en el SUPDH, los Estados Parte se han comprometido en la labor de educar a sus habitantes con propósitos comunes que, principalmente, coinciden en el fin de desarrollar integralmente a la persona que, en el particular caso de la ESI, se constituye como un derecho decisivo para ello. Los tres comités citados reflejan una idea resumen: La ESI no es una cuestión en vano, tampoco es antojadiza, ni producto de una ideología de reciente data; sino que más bien se considera que la ESI tiene un propósito y una razón de ser decisiva para la realización de la dignidad humana la cual es cuidar y mantener la salud, particularmente, en el ámbito sexual y reproductivo.

Los Estados Parte de las Convenciones citadas tienen un ineludible compromiso con la firma de las siguientes finalidades: la protección de la salud sexual y reproductiva de los niños, niñas y adolescentes, y la emancipación de la mujer. A los Estados Parte no les es posible ignorar o negar su obligación de prestar ESI a la niñez y a la adolescencia como parte de la protección especial que estas poblaciones merecen, en pro de promover la igualdad y erradicar la discriminación para el fortalecimiento de la democracia.

⁷⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, «Comité CEDAW.» Recomendación general N° 36 sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación, 27 de noviembre de 2017, Párr. 69, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html (último acceso: 3 de marzo de 2021).

⁷¹ Ibidem, Párr. 68.

Vedarle a la población el derecho a la ESI significa obstaculizar de forma negativa el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, con especial impacto tanto hacia su salud física como a su salud mental, en su dignidad, capacidades, autoestima, relaciones consigo mismos y en sociedad. Así como perpetuar el daño social que han causado las prácticas discriminatorias y los estereotipos de género.

2. Derecho humano a la educación y la ESI en el SIDH

Adicionalmente, la región americana también ha realizado labores de reconocimiento del derecho a la educación dentro de sus instrumentos de derechos humanos. El SIDH, por medio de su DADDH, indica que la educación debe estar inspirada en principios de libertad, moralidad y solidaridad humana⁷²; y si bien, la CADH es omisa en cuanto al desarrollo del derecho a la educación, no hay que dejar de lado que el Protocolo Adicional a la CADH sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, viene a subsanar esta omisión.

El artículo 13 del Protocolo de San Salvador establece el derecho de toda persona a la educación, asimismo indica la orientación de esta:

“la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Conviene, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.”⁷³

En cuanto a la forma, se indicó que debe ser obligatoria durante los niveles de primaria, asequible; en secundaria, debe ser generalizada y accesible; y la enseñanza superior debe hacerse accesible sobre la base de la capacidad de cada persona. Asimismo, inclusiva y diferenciada para personas con impedimentos físicos o mentales.

⁷² Organización de Estados Americanos, “Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, 30 de abril de 1948”, Art. 12, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15384&nValor3=16492&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017)

⁷³ Organización de Estados Americanos, «OEA.», Protocolo de San Salvador, 17 de noviembre de 1988, Art. 13, Sitio web: <https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> (último acceso: 2 de marzo de 2021).

Finalmente, deja en claro que:

“4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.”⁷⁴

Asimismo, la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes en su artículo 22, establece el derecho a la educación y reconoce la obligación de los Estados Parte por garantizar una educación integral, continua, pertinente y de calidad; la cual deberá fomentar la práctica de valores, las artes, las ciencias y la técnica en la transmisión de la enseñanza, la interculturalidad, el respeto a las culturas étnicas y el acceso generalizado a las nuevas tecnologías y promover en los educandos la vocación por la democracia, los derechos humanos, la paz, la solidaridad, la aceptación de la diversidad, la tolerancia y la equidad de género.⁷⁵

En cuanto a la educación desde la perspectiva de género, la Convención Belem do Pará indica que la mujer, dentro del marco del derecho a una vida libre de violencia, tiene el derecho a ser “educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”⁷⁶, también suma a ello el deber del Estado por adoptar políticas orientadas a la prevención, por medio del “diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer”⁷⁷

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ Organización Iberoamericana de Juventud, *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, 1 de marzo de 2008, Art. 22, Sitio web: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6258.pdf> (último acceso: 15 de septiembre de 2018).

⁷⁶ Organización de Estados Americanos, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, 6 de septiembre de 1994, Art. 6 b), Sitio web: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> (último acceso: 2 de marzo de 2021).

⁷⁷ *Ibidem*, Art. 8 b).

Así pues, el SIDH, también complementa la normativa internacional con propósitos variados con los cuales los Estados parte se han comprometido, pero principalmente con hacer que sus habitantes alcancen un progreso integral, tanto en lo interno de su ser como en la materialidad de su vida, en particular mujeres y jóvenes, para quienes se han promulgado los dos instrumentos previamente mencionados. El SIDH deja en claro en sus instrumentos normativos, de forma expresa, la obligación de los Estados de materializar la ESI dentro del sistema de educación formal y dirigido, en especial, a mujeres, niños, niñas y adolescentes; lo que a su vez lo consolida como un derecho humano fundamental derivado de los instrumentos internacionales de protección.

En relación con ello, muy recientemente la Corte IDH emitió la primera sentencia que recoge la interpretación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador antes señalado, enmarcado dentro de un caso de violencia sexual reiterada, contra una niña, acontecida en el interior de un centro educativo en el Ecuador y perpetuado por autoridades del centro. La sentencia recoge el análisis de normativa sobre educación, juventud y mujer, como la anteriormente indicada.

El caso, en particular, presenta la violación de diversos derechos humanos, estrechamente vinculados, tal y como lo son el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la protección de niñas y niños, y el derecho a la educación.

Específicamente, los hechos consignados en la sentencia reflejan la violencia estructural que sufren las niñas, en especial, ante la omisión del Estado de proveer educación en materia sexual y reproductiva, señalando que “dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a estos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”⁷⁸. La Corte IDH indica que los Estados, especialmente, deben considerar “la gravedad y las especificidades que presentan la violencia de género, la violencia sexual y la violencia contra la mujer, todas las cuales son una forma de discriminación”⁷⁹ y que prohibir

⁷⁸ Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de junio de 2020, párr. 117).

⁷⁹ Ibidem, Párr. 118.

la discriminación también aplica a la educación, en todos sus aspectos. Así las cosas, se establece como una obligación del Estado “adoptar acciones adecuadas para prevenir violaciones a los derechos humanos en el curso del proceso educativo de niñas y niños”⁸⁰.

Finalmente, la Corte IDH es contundente en cuanto a las medidas de prevención de la violencia sexual y reproductiva en el marco del proceso educativo, al indicar:

“surge, entonces, que los deberes de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y de adoptar medidas de protección respecto de niñas y niños, así como el derecho a la educación, conllevan la obligación de proteger a las niñas y adolescentes contra la violencia sexual en el ámbito escolar. También, por supuesto, de no ejercer esa violencia en dicho ámbito. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que las personas adolescentes, y las niñas en particular, suelen tener más probabilidades de sufrir actos de violencia, coacción y discriminación. Los Estados deben establecer acciones para vigilar o monitorear la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y desarrollar políticas para su prevención.”⁸¹

Como resultado, la Corte IDH concluye en la responsabilidad del Estado por la violencia sexual sufridas por la niña, en el ámbito educativo, mediante el aprovechamiento de una relación de poder, por parte de una autoridad del colegio, que lesionó su derecho a vivir una vida libre de violencia y su derecho a la educación, como mujer adolescente:

“Esa violencia, que no resultó aislada sino inserta en una situación estructural, resultó discriminatoria en forma interseccional, viéndose la adolescente afectada por su género y edad. Resultó, asimismo, tolerada por autoridades estatales. Además, el Estado no había adoptado medidas adecuadas para abordar actos de violencia sexual en el ámbito educativo y no proveyó educación sobre derechos sexuales y reproductivos a la adolescente, lo que potenció su situación de vulnerabilidad.”⁸²

En resumen, la sentencia deja en claro que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas tendientes a la prevención de actos de violencia sexual, tal y como lo propone la ESI. La omisión de este deber, para con los grupos etarios que requieren protección especial, como lo son los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la desigualdad y la discriminación que enfrentan las mujeres en la sociedad actual, debería generar responsabilidad Estatal.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem, Párr. 120.

⁸² Ibidem, Párr. 143.

3. Educación y ESI en la normativa nacional

Costa Rica no se ha quedado atrás, en su CP ha plasmado el derecho a la educación como un proceso integral, público, donde la educación preescolar y general básicas son gratuitas.⁸³ A través de la ley número 2160 de la Asamblea Legislativa, denominada “Ley Fundamental de Educación”, Costa Rica establece el derecho de todas y todos los habitantes a la educación y la obligación del Estado de otorgarla⁸⁴ con los fines de:

“a) La formación de ciudadanos amantes de su Patria, conscientes de sus deberes, de sus derechos y de sus libertades fundamentales, con profundo sentido de responsabilidad y de respeto a la dignidad humana; b) Contribuir al desenvolvimiento pleno de la personalidad humana; c) Formar ciudadanos para una democracia en que se concilien los intereses del individuo con los de la comunidad; d) Estimular el desarrollo de la solidaridad y de la comprensión humanas; y e) Conservar y ampliar la herencia cultural, impartiendo conocimientos sobre la historia del hombre, las grandes obras de la literatura y los conceptos filosóficos fundamentales.”⁸⁵

Para su cumplimiento, el Estado se comprometió legalmente a procurar:

“a) El mejoramiento de la salud mental, moral y física del hombre y de la colectividad; b) El desarrollo intelectual del hombre y sus valores éticos, estéticos y religiosos; c) La afirmación de una vida familiar digna, según las tradiciones cristianas, y de los valores cívicos propios de una democracia; d) La trasmisión de los conocimientos y técnicas, de acuerdo con el desarrollo psicobiológico de los educandos; e) Desarrollar aptitudes, atendiendo adecuadamente las diferencias individuales; y f) El desenvolvimiento de la capacidad productora y de la eficiencia social.”⁸⁶

Muy de la mano con la obligación general de facilitar y promover los servicios educativos, el país también ha asumido la tarea de procurar la ESI en sus estudiantes, por medio de la legislación. Costa Rica cuenta con un Código de la Niñez y Adolescencia donde se consigna la obligación del Estado de incluir en las políticas educativas nacionales temas relacionados

⁸³ Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, *Constitución Política de la República de Costa Rica*, 8 de noviembre de 1949, Art. 77-78, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017).

⁸⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No. 2160: Ley Fundamental de Educación. 25 de septiembre de 1957”, Art.1, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=31427&nValor3=33152&strTipM=FN (consultada el 1 de abril de 2018)

⁸⁵ *Ibidem*, Art. 2.

⁸⁶ *Ibidem*, Art. 3.

con la educación sexual, la reproducción y el embarazo en adolescentes,⁸⁷ y con la Ley número 7735 de Protección Integral a la Madre Adolescente, se establece la obligación de los servicios públicos y privados de salud, de “impartir cursos informativos de educación sexual, dirigidos a las madres adolescentes, con el propósito de evitar la posibilidad de otro embarazo no planeado.”⁸⁸

Esta narración extensa de normativa nacional, así como los compromisos internacionales asumidos por el país, para con el derecho a la educación de las personas, y particularmente, aquella dirigida a la niñez y a la mujer, reflejan el gran compromiso asumido por Costa Rica tanto con la educación general, como aquella que trata temas específicos de sexualidad y reproducción. Esto constituye un gran reto nacional, principalmente cuando de una implementación plena se trata.

⁸⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley No. 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia*, 6 de febrero de 1998, Art. 58, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43077&nValor3=0&strTipM=TC (último acceso: 5 de mayo de 2019).

⁸⁸ *Ibidem*, *Ley No. 7735 Ley Genral de Protección a la Madre Adolescente*, 19 de enero de 1998, Art. 9, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=42908&nValor3=0&strTipM=TC

Sección C: La educación sexual integral

A continuación, se pretende conceptualizar la ESI a partir de definiciones otorgadas por organismos internacionales y otras instituciones nacionales e internacionales con mandato en el tema, para ello, se toma en consideración la sexualidad como aspecto fundamental de la persona humana que se asocia a su vez a otros derechos humanos necesarios para una vida en condiciones de dignidad.

1. La sexualidad

Durante la etapa de la niñez y la adolescencia, el ser humano afronta procesos durante los cuales desarrolla y consolida importantes aspectos, tanto físicos como de personalidad, sobre los que asentará formas de llevar su vida adulta. Este proceso de desarrollo no puede pasar desapercibido por parte del Estado y sus políticas, ya que lo óptimo es que la persona pueda llevar estos procesos de manera informada y desde una perspectiva de derechos. En ese sentido, y con vista en los instrumentos internacionales ratificados por diversos países, incluyendo a Costa Rica, existen obligaciones donde los gobiernos se comprometen a garantizar y tutelar un catálogo de derechos durante esta etapa de desarrollo.

La sexualidad no se queda atrás. La sexualidad es una dimensión del ser que lo acompaña a lo largo de toda su vida, independientemente de la edad de la persona. La Organización Mundial de la Salud (“OMS”, en adelante) ha definido la sexualidad como “una dimensión fundamental del hecho de ser un ser humano: Basada en el sexo, incluye al género, las identidades de sexo y género, la orientación sexual, el erotismo, la vinculación afectiva y el amor, y la reproducción.”⁸⁹ Es decir, se trata de un aspecto inherente al ser que le acompaña durante el transcurso de su vida, imposible de ignorar o anular.

Coloquialmente, el término de sexualidad se ha reducido a las relaciones coitales y estas, a su vez, se han reservado para un espacio de práctica etaria adulta. Las personas adultas que tienen a cargo niños o niñas, parecen comprender que la sexualidad se asoma hasta que inicia

⁸⁹ Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción*, 22 de mayo de 2000, p. 6, Sitio web: http://www1.paho.org/spanish/hcp/hca/salud_sexual.pdf?ua=1 (último acceso: 13 de diciembre de 2018).

la adolescencia e, incluso en esa etapa, asumen una posición de bloqueo o le ignoran como si nada sucediese. También, durante la etapa de la niñez, es común la curiosidad por explorar el cuerpo propio y el de otras personas, o bien entender la procreación, a lo que es común escuchar expresiones de impresión, así como los rodeos, tabús y metáforas utilizadas para dar respuesta.

La persona necesita conocer su cuerpo desde temprana edad, decidir sobre él y manifestar su sexualidad desde su identidad, orientación, expresión, etc. Necesita que la persona adulta sea un facilitador de sus derechos y no quien impone una veda que lo empuja a considerar que se trata de algo oculto y clandestino que, particularmente, las mujeres no necesitan, mientras que, para los hombres, a pesar de no brindárseles la información requerida, tienen el derecho de cumplir sus impulsos sexuales cobijados por modelos machistas.

Esta dimensión, inherente del niño/a y del adolescente, silenciada e invisibilizada por el mundo adulto, es de importancia vital para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad, por ello, en los instrumentos internacionales de derechos humanos se consignan una variedad de derechos vinculados, destinados a establecer una esfera de protección integral debido a las repercusiones positivas y negativas que implican un buen o mal manejo de la sexualidad en el desarrollo pleno de la persona.

2. Bienes jurídicos vinculados con la sexualidad

La sexualidad, como una dimensión intrínseca del ser humano, está vinculada con un conjunto diverso de bienes jurídicos. Gracias al goce y disfrute de estos, y de otros que no se asocian directamente, se facilita que la persona viva en condiciones de dignidad en sus aspectos físico, psicológico y material. En términos generales, se pueden clasificar tres grandes derechos, los cuales fortalecen y protegen el ejercicio de la sexualidad:

- El derecho a la salud, el cual abarca la prevención, atención y tratamiento del VIH, infecciones de transmisión sexual, embarazo adolescente, aborto, etc.;
- El derecho a la información de calidad que oriente sobre la prevención, detección y denuncia de relaciones impropias, violaciones, coerción, explotación con fines sexuales, etc.; y

- El derecho a la educación que genere conocimientos oportunos, habilidades y destrezas para la toma de decisiones referentes a las edades de iniciación de la actividad sexual, relaciones afectivas de pareja (número y prolongación), anticoncepción, protección, etc.

Según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (“UNESCO” por sus siglas en inglés, en adelante), otros derechos relacionados son:

“el derecho a la igualdad, a una protección legal igualitaria y a vivir libres de toda forma de discriminación basada en el sexo, la sexualidad o el género; y los derechos a la vida, libertad, seguridad de la persona e integridad corporal. También hacen referencia al derecho a la privacidad; el derecho a la autonomía personal y al reconocimiento de la ley; el derecho a la libertad de pensamiento, opinión y expresión; derecho a la asociación; derecho a la salud y a los beneficios del avance científico y el derecho a la educación e información, entre otros.”⁹⁰

Además, otros derechos que hay que mencionar son:

“el derecho a la autodeterminación en todo lo relacionado con el cuerpo y la sexualidad, el derecho a disfrutar de la vida sexual, a la manifestación pública de los afectos, decidir con quién compartir la vida y la sexualidad, al respeto de la intimidad y la vida privada, a vivir una sexualidad libre de coerción y de violencia, libre de discriminación, a la libertad reproductiva, la igualdad de oportunidades y la equidad, así como a servicios de salud sexual y salud reproductiva de calidad y a participar en la elaboración, planeación y evaluación de las políticas públicas sobre sexualidad para jóvenes.”⁹¹

La lista puede extenderse aún más y vincular un sinnúmero de derechos más, a partir de los mencionados, manteniendo la afirmación que, garantizar una adecuada e integral tutela de la sexualidad significa entonces, con base en el listado anterior, brindarle garantía también a una serie de derechos conexos que son parte de un aspecto central presente durante toda la vida del ser humano.

En sentido contrario, descuidar este eslabón de la vida podría significar graves consecuencias inmediatas y posteriores para en la persona, como por ejemplo traumas, baja autoestima, suicidio, drogadicción, relaciones interpersonales poco saludables, autolesiones,

⁹⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *Educación Integral de la Sexualidad*. 2014, Documento de sitio web: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002328/232800S.pdf> (último acceso: 2018 de marzo de 11).

⁹¹ Yuriria Rodríguez Martínez, *Los derechos sexuales de las y los jóvenes en el contexto jurídico nacional e internacional*, 2007, p. 214, Documento de sitio web: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932012> (último acceso: 20 de enero de 2019).

alcoholismo, depresión, violencia, enfermedades físicas, dificultades económicas, baja escolaridad, entre otras.

3. ¿Qué es la ESI?

La educación sexual es definida por la UNESCO, en sus directrices internacionales, como aquella que “puede entregar a las personas jóvenes información culturalmente relevante, científicamente rigurosa y apropiada a la edad del estudiante. Esta debe incluir oportunidades estructuradas que les permitan explorar sus valores y actitudes, poniendo en práctica competencias esenciales para la toma de decisiones para elegir con fundamento la forma que desea conducir su vida sexual.”⁹²

En Uruguay, la autora Cerruti refiere que, dentro del sistema educativo formal, la educación de la sexualidad:

“(…) es el proceso educativo vinculado estrechamente a la formación integral en la niñez y adolescencia que: - Apunte al desarrollo de un pensamiento crítico y autogestor, - aporte información científica actualizada, veraz y oportuna y - ofrezca un espacio de reflexión de modo de incorporar la sexualidad de forma, plena, enriquecedora, saludable y responsable en los distintos momentos y situaciones de vida, en un ámbito que posibilite y estimule la expresión y desarrollo de sus potencialidades como sujetos de derecho y ciudadanos activos y participativos en la sociedad.”⁹³

Es decir, que la educación sexual no se limita simplemente a la enseñanza de aspectos biológicos tal y como se concebía en el pasado, sino que debe incluir información que le permita a la persona desarrollarse acorde con sus decisiones de conducción de vida.

Ahora bien, a la educación sexual se le ha adicionado la condición de integralidad que, de acuerdo con Vernor Muñoz, Relator de la ONU, se indica que la educación sexual es integral cuando brinda “las herramientas necesarias para tomar decisiones en relación con una

⁹² Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad*, 2010, p.2, Documento de sitio web: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183281e.pdf> (último acceso: 28 de febrero de 2018).

⁹³ Stella Cerruti, *La educación sexual en el sistema educativo Uruguayo hoy. Concepto, filosofía y objetivos*, 2 de julio de 2007, Sitio web: <http://www.anep.edu.uy/anep/phocadownload/EducacionSexual/La%20educacion%20sexual%20en%20el%20sistema%20educativo%20publico%20uruguayo.pdf> (último acceso: 8 de abril de 2018).p.9.

sexualidad que se corresponda con lo que cada ser humano elige como proyecto de vida en el marco de su realidad.”⁹⁴

Por otra parte, el Guttmacher Institute la define como “una propuesta educativa fundamental para mejorar la salud sexual y reproductiva de los adolescentes (SSRA), garantizar una vivencia de la sexualidad responsable y placentera y prevenir la violencia de género.”⁹⁵

Ambas posturas refieren a lo que debe considerarse como ESI y apuestan hacia la posibilidad de educar con un enfoque basado en la toma de decisiones concienciadas por parte del educando.

Adicionalmente, algunos países de América Latina han trabajado en la implementación y el desarrollo de la ESI, tal es el caso de Argentina que la ha catalogado como un espacio transversal para promover contenidos relacionados con derechos humanos que, anteriormente, se encontraban ausentes de la currícula de enseñanza:

“La Educación Sexual Integral (ESI) es un espacio sistemático de enseñanza aprendizaje que promueve saberes y habilidades para la toma de decisiones responsables y críticas en relación con los derechos de los niños, las niñas y los/as adolescentes al cuidado del propio cuerpo, las relaciones interpersonales, la información y la sexualidad. Cuando hablamos de educación sexual integral no nos referíamos a un contenido y/o a una asignatura específica, sino que forma parte del proyecto educativo de la escuela y requiere de un trabajo articulado con los centros de Salud, las familias y las organizaciones sociales. Los contenidos de la ESI, son ejes que atraviesan distintas áreas y/o disciplinas, responden a las distintas etapas del desarrollo de niños y niñas y adolescentes y contempla situaciones de la vida cotidiana del aula y de la escuela, así como sus formas de organización.”⁹⁶

Finalmente, UNESCO apunta que, más allá de una enseñanza doctrinaria, trata de un análisis para que el estudiante decida para su bienestar:

“La educación integral en sexualidad es un proceso de enseñanza y aprendizaje basado en planes de estudios que versa sobre los aspectos cognitivos, psicológicos, físicos y sociales de la sexualidad. Su propósito es dotar a los niños y jóvenes de

⁹⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación*. Especial Regional, América Latina y el Caribe: Naciones Unidas, 2010, p.7.

⁹⁵ Guttmacher Institute, *De la Normativa a la Práctica: la Política de Educación Sexual y su Implementación en el Perú*. 2017, p. (no indica), Documento de web: <https://www.guttmacher.org/es/report/politica-de-educacion-sexual-peru> (último acceso: 8 de abril de 2018)

⁹⁶ Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina, *El derecho a la educación sexual integral (ESI)*, marzo de 2017, p. (no indica), Documento de sitio web: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-derecho-la-educacion-sexual-integral-esi> (último acceso: 15 de abril de 2018).

conocimientos basados en datos empíricos, habilidades, actitudes y valores que los empoderarán para disfrutar de salud, bienestar y dignidad; entablar relaciones sociales y sexuales basadas en el respeto; analizar cómo sus decisiones afectan su propio bienestar y el de otras personas; y comprender cómo proteger sus derechos a lo largo de su vida y velar por ellos.”⁹⁷

Esta reiterada postura expuesta en los párrafos anteriores, responde a la necesidad pasada y actual de comprender y aceptar, desde el mundo adulto, que tanto niños/as como adolescentes, por necesidad natural del ser humano, requieren expresar y ejercer su sexualidad y, en esta oportunidad que da la ESI, se promueve desde el conocimiento teórico y la responsabilidad práctica.

Un ejercicio clandestino y mal informado expone a la persona a riesgos para los cuales no se le preparó e, ignorar la situación no hace que no suceda, “los y las jóvenes no necesitan pedir permiso para desplegar su sexualidad en todo caso, y la ejercen en condiciones de riesgo para ellos mismos como individuos y para la misma sociedad como colectividad. (...) la realidad de que, poco a poco, los adultos pierden el poder totalitario sobre sus hijos e hijas”⁹⁸ para tomar decisiones por ellos/as mismos/as es inminente y verdadera.

En resumen, la ESI es aquella que provee al estudiante no solamente de información libre de estereotipos y tabús, sino también herramientas, habilidades, valores y demás elementos que le permitan conocerse tanto biológica, como psicológicamente, para practicarla de acuerdo con sus derechos, tomando responsables y libres decisiones; la misma debería encontrarse presente de manera transversal en las diferentes asignaturas escolares cuando del sistema formal de educación se trata.

⁹⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Porqué es importante la educación integral en sexualidad*, 15 de febrero de 2018, p. (no indica), Documento de sitio web: <https://es.unesco.org/news/que-es-importante-educacion-integral-sexualidad> (último acceso: 15 de abril de 2018).

⁹⁸ Larissa Arroyo Navarrete, «Tesis para optar por el grado de Licenciatura.» *El derecho a la educación integral para la sexualidad de las y los adolescentes en Costa Rica desde la perspectiva de género*, febrero de 2008, p. 119, (último acceso: 13 de agosto de 2020).

4. Los esfuerzos históricos de Costa Rica para incorporar la ESI en el sistema educativo nacional

En Costa Rica, uno de los primeros movimientos documentados en favor de los derechos sexuales y reproductivos fue en la década de los setentas, se trata del Movimiento por la Liberación de la Mujer, el cual, luchó para impedir la aprobación de una ley que prohibía el uso del dispositivo intrauterino; tiempo adelante, en los años ochenta, el Movimiento continuó en funcionamiento y trabajó también para abordar el embarazo adolescente, así como mecanismos de anticoncepción.⁹⁹

Costa Rica también registra esfuerzos para introducir temas sobre educación sexual en el sistema educativo desde el año 1969, en ese año se creó la Oficina de Asesoría y Supervisión General de Planificación Familiar y Educación Sexual y se aprobaron los lineamientos del Programa de Adiestramiento en Educación Sexual por parte del Consejo Superior del Ministerio de Educación Pública, el cual, no estuvo exento del debate, aparentemente “tradicional” entre Estado-familia-Iglesia, que también estuvo en la palestra hace un par de años.

Posterior a ello, en el año 1985 se estableció el Departamento de Educación en Población con el fin de fortalecer acciones en materia de educación de la sexualidad y de la vida familiar y, más adelante, el país continuó desplegando esfuerzos para educar a adolescentes, niñas y niños sobre el manejo de su sexualidad, control de la fecundación, responsabilidad sexual, enfermedades de transmisión sexual, igualdad, derechos sexuales y reproductivos, etc.; para esta ocasión, se contó con el involucramiento de la ONU, a través del Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (“UNFPA”, en adelante), para formular un nuevo programa que incluyó Guías de Educación para la Sexualidad. Frente a este panorama la Iglesia Católica solicitó ser parte de la elaboración y para 1994 se publicaron las Guías Didácticas de la Sexualidad Humana.¹⁰⁰

⁹⁹ Instituto Nacional de las Mujeres, Primer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica, Investigación, San José, Costa Rica: INAMU, 2011, p. 167.

¹⁰⁰ María Luisa Preinfalk Fernández, *Tesis para optar por el grado de doctorado, La educación sexual en el ámbito universitario: estudio diagnóstico en la Universidad Nacional de Costa Rica*, Sevilla, España: Universidad Pablo de Olavide, 2014, p. 19-27.

Pocos años más adelante, en 1998 surgió otro programa, el Programa Educativo Nacional Excelencia y Equidad en Educación que, en conjunto con el Programa Amor Joven, se desarrolló con proyectos de formación dentro y fuera de las aulas donde también la Iglesia Católica se hizo presente y manifestó su oposición, generando, como consecuencia, sus propias Guías Sexuales. Los programas tuvieron escasa cobertura y una duración de menos de un año.

Más adelante, en el año 2000, se creó el Departamento de Educación Integral de la Sexualidad Humana, cuya responsabilidad central era la de asesorar, proporcionar seguimiento y control técnico para el fomento de la educación de la sexualidad y para el año 2001 se emitieron las Políticas de Educación Integral de la Expresión de la Sexualidad Humana, sin embargo, estas no generaron los resultados esperados.¹⁰¹

Finalmente, para el año 2007 se realiza una nueva reestructuración en las instancias encargadas de incorporar iniciativas en educación sexual en el MEP y se crea el Departamento de Educación en Salud y Ambiente, cuyas acciones contemplan, entre otras, la prevención de los factores de riesgo para la salud de la población estudiantil que atentan contra el estado nutricional y de salud, la educación integral de la sexualidad, y la educación ambiental para el desarrollo sostenible.¹⁰²

Este largo proceso cambiante que buscaba reconocer y abordar la necesidad y la obligación de difundir conocimiento sobre los derechos sexuales y reproductivos de las personas menores de edad llegó hasta el año 2008, en ese año se emite la Propuesta de Plan Nacional de Educación para la Sexualidad que fue la que preparó el terreno para dar paso a que, en el año 2012, el Consejo Superior del MEP aprobara el Programa de Estudio de Educación para la Afectividad y Sexualidad Integral, acuerdo número 04-17-2012, el cual, inició a impartirse en el año 2013, únicamente, a estudiantes de décimo año.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Gabriela Arguedas Ramírez y otros, El derecho humano a la educación para la afectividad y la sexualidad integral: contribuciones para una reforma educativa necesaria, Editado por Vernor Muñoz y Carmen Ulate, Heredia, Costa Rica: Universidad Nacional de Costa Rica, 2012, p. 45.

El Programa generó reacciones a favor y en contra. Sólo en ese año, la Sala Constitucional de la CSJ, reportó haber recibido 2500 recursos de amparo contra el MEP tan solo unos meses después de la presentación del Programa. El tema generó basta polémica en medios de comunicación y redes sociales, por ejemplo, se especuló que este tipo de educación incitaría la práctica sexual y, por ende, el embarazo adolescente. Así lo manifestaron oficialmente los miembros del Consejo Municipal de la capital de San José, donde se expresó que “el proyecto incita a los jóvenes a las prácticas sexuales sin una verdadera educación científica y religiosa de fondo”¹⁰³, quienes fueron parte de las veintidós organizaciones municipales que se opusieron oficialmente a el Programa, además de organizaciones religiosas, familias, etc.

Esta etapa de discusión particular fue superada con el resultado de una sentencia emitida por la Sala Constitucional, cargada de diversos criterios plasmados en votos particulares, así como de omisiones de análisis en torno al interés superior del niño/a. En la sentencia se da el aval para excluir al/la estudiante de recibir la ESI que propone el Programa, haciendo uso de un mecanismo de objeción de conciencia.

Estos acontecimientos evidencian la situación crítica del país respecto al tema de la ESI, tema que no deja de ser actual, debido a que el Programa no ha logrado extenderse a la educación preescolar, ni a la primaria, ni tampoco a otros años de secundaria y, aunado a ello, las personas tutoras legales del/la estudiante de décimo puede oponerse a que reciba esta educación.

Es decir, en Costa Rica no existe una garantía estatal que respalde a la niñez para que, en el algún momento de su vida educativa formal, sea escolar o secundaria, reciba una formación integral en sexualidad, ya que, si sus tutores legales deciden objetar en su única oportunidad en décimo año, no podrá encontrar más de esa información en el siguiente nivel, así como no la encontró en niveles anteriores.

¹⁰³ Crhoy.com, *Municipalidad de San José rechaza Programa de educación sexual*, 14 de febrero de 2018, <https://www.crhoy.com/nacionales/municipalidad-de-san-jose-rechaza-programa-de-educacion-sexual/> (último acceso: 4 de diciembre de 2019).

En la región de América Latina países como Argentina, México, Colombia, Uruguay y Brasil han logrado promulgar leyes para la incorporación de la ESI, no sólo en la currícula de la educación formal, sino que también en servicios de salud e información; a pesar de ello, y como en Costa Rica, estos países no estuvieron exentos de enfrentar el debate alrededor del tema. Por su parte, Guatemala, Perú y El Salvador, al igual que Costa Rica, propusieron la incorporación desde una perspectiva ejecutiva, a través de políticas públicas que, de igual forma, atravesaron las “tradicionales” conflictividades escalando, incluso, hasta nivel judicial.

Sección D: ¿Es la educación sexual integral un derecho humano?

La cuarta sección cierra el capítulo con el intento de determinar si efectivamente la ESI es un derecho humano en sí mismo o, si bien, es un derecho que se desprende de otros derechos ya considerados en la normativa. Para ello, se analiza el derecho a la ESI desde el derecho humano a la educación, a la salud y a la información. A partir de ellos se dará respuesta a la pregunta que lleva por nombre la sección: ¿Es la ESI un derecho humano en sí mismo?

1. Derecho humano a la educación y educación sexual integral

Desde el surgimiento de la DUDH, se ha colocado la educación como un pilar fundamental en la vida de las personas, principalmente cuando de niños, niñas y adolescentes se trata, esto debido al relevante impacto que genera en el desarrollo de las personas, tanto en su esfera individual, como en su progreso colectivo en sociedad. Este derecho humano se ha consignado en múltiples instrumentos internacionales, tales como el PIDESC, la CEDAW, la CDN, el Protocolo de San Salvador, la Convención Belém do Pará, etc., y se ha afianzado en la legislación interna de los países desde hace muchos años atrás.

A pesar de ello, cuando se habla de impartir ESI como parte de la currícula del sistema educativo formal, se ha colocado en la mesa del debate y de la duda la pertinencia de que la niñez reciba educación en lo relativo al manejo de su sexualidad, lo que por ende cuestiona, en algún punto, el derecho humano a la educación, ampliamente adoptado y validado por Estados.

Estos cuestionamientos han sido fundamentados desde los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como desde el derecho de los padres, madres y tutores a elegir el tipo de educación de las personas menores de edad que representan, conocido por el Comité DESC como el derecho a la libertad de enseñanza.

Y es que, las tendencias conservadoras de líderes políticos, así como las influencias religiosas, han sostenido en el ámbito de lo privado el conocimiento y la vivencia de la sexualidad, convirtiéndola en un tabú, un tema cargado de morbo y prohibiciones que han debilitado el goce y disfrute de derechos que a ella se asocian como la salud, la información, la libertad, derechos sexuales, reproductivos, etc.; por ello, conviene especificar cuáles son

los criterios que sustentan la ESI como un derecho humano y cuál es el sustento jurídico internacional que la cataloga como tal para, desde esos fundamentos, debatir estas posturas censuradoras.

Por otro lado, cuando se investiga sobre las vivencias cotidianas de la niñez y la adolescencia, la realidad sobre su vivencia de la sexualidad explota y se hace visible desde los datos. Por ejemplo, la II Encuesta nacional de salud sexual y salud reproductiva reveló información importante sobre la edad de inicio de la actividad sexual coital, datos medibles que pueden servir como un reflejo del ejercicio de la sexualidad de esta población.

En la Encuesta se dice que “A la edad de 18 años más de la mitad de las mujeres y más de dos tercios de los hombres han tenido relaciones sexuales. A los 15 años estos porcentajes son 14% y 24% respectivamente. La edad mediana a la primera relación sexual es de 16 años entre los hombres y de 17 entre las mujeres.”¹⁰⁴ Los datos hacen evidente que la práctica de la sexualidad en un acto tan relevante, como lo es el coito, se inicia desde temprana edad, esto permite deducir que la sexualidad es efectivamente ejercida en la adolescencia en Costa Rica, ya sea desde su orientación, identidad, expresión, etc., y no a partir de sus veinte años sino, desde que son niños/as y adolescentes.

La sexualidad es inherente al ser, se da, se debe reconocer abiertamente y abordar con un proceso educativo oportuno respecto a los períodos etarios. Esta necesidad no puede pasar desapercibida por el Estado y sus controles asumiendo que esta enseñanza debe ser y será suplida únicamente desde el ámbito del núcleo del hogar y circunscrita a los criterios parentales, lo cual, además de ser probable en cuanto a la acción u omisión por parte de las familias, se agrava en cuanto a la posibilidad de que el contenido sea estereotipado o cargado de tabúes, sin dejar de lado que, también, se omite a la niñez que se encuentra en estado de abandono o en situación de desprotección.

Estos son sólo algunos de los factores que pueden obstaculizar la ESI cuando no está presente en la educación formal, lo que provocaría que, eventualmente, impulsen a la persona a

¹⁰⁴ Ministerio de Salud, *II Encuesta nacional de salud sexual y salud reproductiva*, 2016, p.9, Documento de sitio web: <https://ccp.ucr.ac.cr/documentos/portal/Informe-2daEncuesta-2015.pdf> (último acceso: 14 de enero de 2019).

conseguir la información en fuentes sin validación científica, como lo es la pornografía o lo que se comenta entre pares desconocedores.

El Gobierno debe de plantear su intervención, en el ámbito educativo, desde una perspectiva que permita el “pleno desarrollo de la personalidad” y el “progreso integral”, tal y como se ha comprometido en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual, por ende, incluye educar sobre aspectos de sexualidad como “dimensión fundamental del ser” que, además de sostener la raza humana, abarca aspectos de salud física y mental.

Por ende, a la luz de los compromisos internacionales adquiridos desde el surgimiento del SUPDH y del SIDH y, con el alto impacto nocivo que tiene la ausencia de educación, en general, en la calidad de vida y en el desarrollo integral y sostenible, pero especialmente cuando sobre aspectos de sexualidad se trata, es posible afirmar que el Gobierno de Costa Rica tiene la obligación internacional de dotar a sus estudiantes de ESI que abarque, no solamente aspectos reproductivos biológicos, sino de aspectos psicológicos. Caso contrario, se estaría frente a un incumplimiento de los tratados internacionales, y a su vez, perpetuando condiciones de debacle para las futuras generaciones.

Cuando, especialmente, se debe educar de manera integral sobre temas de sexualidad, la información obtiene una función sustantiva que será base para la toma de decisiones informadas que permiten el goce y disfrute de una vida sexual plena, responsable y libre que, en conclusión, son aspectos imprescindibles para vivir una vida sexual basada en la dignidad, la cual da fundamento a los derechos humanos, como se ha demostrado en el transcurso de la investigación.

En razón de lo anterior, se perfecciona la idea de que la ESI debe garantizarse, ya sea como parte del derecho humano y fundamental a la educación, o bien, como un derecho humano en sí mismo, en razón de la relevancia personal y colectiva que tiene, y su directa relación e influencia sobre la vivencia de una vida digna de la persona, desde la infancia hasta la ancianidad.

No es suficiente que la educación gire en torno a la historia, la matemática o la lingüística medible y memorizable como tradicionalmente ha sido la metodología educativa, sino que la

educación debe proveer conocimiento para vivir una vida digna en sociedad, debe consistir en una preparación integral del ser para que pueda exigir y gozar de sus derechos, así como cumplir con las obligaciones que le corresponden, especialmente cuando se trata de un aspecto que le acompaña desde su infancia hasta su vejez.

2. Derecho humano a la salud y educación sexual integral

La ESI también tiene sustento desde el derecho a la salud. Los instrumentos universales de protección de derechos humanos han consignado el derecho a la salud como un derecho humano por excelencia, este es el caso de la DUDH (artículo 25), el PIDESC (artículo 12), la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 24 y 25), la Convención para la Eliminación sobre Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5), etc.

Este derecho ha sido definido por el Comité DESC como el “derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”¹⁰⁵, este derecho abarca diversos factores de índole socioeconómicos y comprende, tanto libertades, como derechos. Así las cosas, se entiende que este derecho no busca que la persona se encuentra libre de enfermedades, sino que tenga a disposición lo necesario para atender su condición de salud.

El Comité DESC también lo cataloga como un derecho inclusivo, que abarca diversos factores determinantes de la salud como lo es el “acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”¹⁰⁶. Este enfoque del derecho a la salud, fue desarrollado también durante la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo celebrado en El Cairo (“Conferencia El Cairo” en adelante) durante el año de 1994 y la Conferencia Internacional de la Mujer en Beijing. Ambas marcaron pautas de reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos que actualmente juegan un papel fundamental en la salud y el bienestar común.

¹⁰⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000, párr. 9, Sitio web: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement> (último acceso: 25 de agosto de 2020).

¹⁰⁶ Ibidem, párr. 11.

La Conferencia El Cairo, tuvo la participación de representantes del gobierno, organismos internacionales e incluso organizaciones no gubernamentales, se enfocó, principalmente, en la vinculación del desarrollo con el crecimiento poblacional y dio un énfasis especial a la necesidad de garantizarle a las niñas y a las mujeres adultas accesos a los servicios de salud reproductiva, a información sobre prevención de enfermedades de transmisión sexual, educación, aborto, etc.

Algunos de los grandes aportes realizados por la Conferencia El Cairo fue la consolidación de términos como salud reproductiva, entendiéndola como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”¹⁰⁷ donde se consignó aspectos específicos que abarca, tales como vida sexual satisfactoria, sin riesgos, con libertad de procreación, el acceso a información sobre métodos de planificación, métodos de fecundidad, acceso a servicios de salud, parto y embarazo sin riesgos, etc.

Así también, incluyó como objeto de la salud sexual “el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”¹⁰⁸, es decir, se trata de la libertad de elegir, autodeterminarse y expresar la sexualidad, sin violencia, ni coerción, de dar y obtener placer, a tener privacidad y a ser tratados en igualdad.

Ambas definiciones confirman y se adaptan al concepto de salud general, que no trata de mantener a una persona libre de enfermedades relacionadas con la sexualidad y la reproducción, sino que más bien, consiste en facilitar bienes, servicios y condiciones necesarios para mantener el bienestar sexual y reproductivo. Éste es el compromiso asumido por los estados al adherirse y formar parte de los instrumentos universales de protección que tutelan la salud y el compromiso se intensifica cuando se trata de tutelar grandes poblaciones en condición de vulnerabilidad como es el caso de la niñez y las mujeres en particular.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, p. 37.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

Para reducir estas vulnerabilidades es necesario promover la igualdad entre hombres y mujeres, atender “las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable”¹⁰⁹ y facilitar el acceso a la información y servicios pertinentes, por medio de medidas como asesoramiento, información, educación, comunicación, servicios de planificación, etc., todas estas medidas forman parte de la atención básica de la salud reproductiva.

Sumar, adicionalmente a la conocida vulnerabilidad de las personas menores de edad debido a su condición etaria otros factores como embarazo adolescente, infecciones de transmisión sexual o VIH/SIDA incrementa su exposición a ser víctimas aún más vulnerables. Es por ello que debe brindárseles herramientas necesarias que fortalezcan sus capacidades para hacer frente, con conocimiento adecuado y pertinente, a eventuales situaciones que puedan agravar su vulneración y que les permita tomar decisiones informadas.

Una de las herramientas que contribuye con el fortalecimiento de las capacidades definitivamente es la ESI, que aporta conocimientos oportunos sobre la práctica sexual y, por ende, al mejoramiento de la salud pública del país. La ESI abarca aspectos importantes de la salud sexual y reproductiva que permite el cuidado del cuerpo, la autodeterminación, la prevención de enfermedades, la prevención del embarazo adolescente, etc.

La salud en general y la salud sexual y reproductiva son un aspecto vital para el ser e imprescindibles para la dignidad humana, bajo la cual se encuentran asentados otros derechos humanos. Por ello, es posible afirmar que la ESI es un derecho humano del cual las personas deben de gozar con información amplia y precisa. En sentido contrario, no educar integralmente en sexualidad expone a la persona a peligros asociados a la salud que, incluso, podrían llevarla a la muerte por su desconocimiento o a vivir una vida poco sana.

3. Derecho humano a la información y educación sexual integral

Los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos han enfatizado sobre la importancia de dotar, especialmente, a las poblaciones vulnerables de información completa y relevante que les permita acortar las brechas de la discriminación. En términos

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 38.

generales, se entiende por derecho humano a la información como “el derecho a tener acceso a la información que está en manos de entidades públicas”¹¹⁰ y, la UNESCO, lo considera como una herramienta necesaria para la autonomía de las personas ya que les facilita la protección y práctica de otros derechos humanos, clave de una sociedad democrática.

“El acceso oportuno a la información (...) Permite a los individuos aprender acerca de sus derechos y ejercerlos, y actuar contra su incumplimiento. (...) Los medios de información pueden ayudar a sensibilizar acerca del derecho a saber y sus ventajas, y difundir información relacionada con asuntos esenciales como el acceso a los servicios públicos, los programas de desarrollo social, las actividades generadoras de ingresos y la protección contra la violencia doméstica, entre otros.”¹¹¹

El acceso oportuno a información relativa a los derechos sexuales y reproductivos ha sido ampliamente reconocido en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, particularmente en aquellos que se dirigen a las mujeres y a las personas menores de edad, esto frente a la sistemática discriminación a la que se enfrentan en razón de su género y condición etaria.

En primer lugar, respecto a las mujeres, el derecho humano a la información garantiza, además de otros derechos, la posibilidad de que, especialmente las niñas y adolescentes, accedan a información sobre la práctica de la sexualidad y la reproducción para que de esta manera puedan proteger su salud, tomar decisiones concienzudas y, consecuentemente, reducir la desigualdad entre hombres y mujeres. Así se consigna en la CEDAW en su artículo 10, “para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”¹¹² el inciso h), compromete a los Estados a facilitar “material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”¹¹³.

¹¹⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Sitio oficial de la UNESCO, 2017, Sitio web: <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/about/> (último acceso: 5 de septiembre de 2020).

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 3 de septiembre de 1981, Art.10, Sitio web:

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

¹¹³ *Ibidem*.

Así también, en el artículo 14 se dice que “para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales”¹¹⁴ el inciso b) obliga a facilitar el “acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia”¹¹⁵. Por último, el artículo 16 indica que “para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”¹¹⁶ en su inciso e) garantizando “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”¹¹⁷.

Este instrumento especializado, también se une con la Convención de los Derechos del Niño, enfocada a esa fracción etaria que ha visto censurada gran parte de la información sobre sexualidad por la influencia adulta. En su artículo 13, indica que “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo”¹¹⁸, por su parte el 17, indica que los “Estados Partes (...) velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental”.¹¹⁹

El Comité de Derechos del Niño ha reforzado esta normativa, indicando que:

“los Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores. Es fundamental encontrar los medios y métodos adecuados de facilitar información apropiada que tenga en cuenta las particularidades y los derechos específicos de las chicas y chicos adolescentes. Para ello se alienta a los Estados Partes a que consigan la participación activa de los adolescentes en la preparación y difusión de información a través de una diversidad de canales fuera de la escuela, con inclusión de las

¹¹⁴ *Ibidem*, Art. 14.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, Art. 16.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*, *Convención sobre los derechos del niño*, 20 de noviembre de 1989, Art. 13, Sinalevi:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

¹¹⁹ *Ibidem*, Art. 17

organizaciones juveniles, los grupos religiosos, comunitarios y de otra índole y los medios de comunicación.”¹²⁰

Aunado a ello, tanto el Programa de Acción del Cairo, como la Plataforma de Beijing han exhortado sobre la obligación estatal y la necesidad de la población por acceder a información, educación y medios que permita el control libre y responsable de la natalidad, así como el goce libre y consentido de la sexualidad.

Este amplio desarrollo por parte del SUPDH permite afirmar que dotar a la población, especialmente a las mujeres y a las personas menores de edad, de información de calidad, científica, libre y acorde con su edad es una obligación de los Estados que suscriben estos tratados. Esto contribuirá a la toma de decisiones autónomas y basadas en el conocimiento que le permitirán a la persona asumir su sexualidad con responsabilidad en pro de su desarrollo integral y pleno.

Es sabido que el incumplimiento del derecho a la información es una de las manifestaciones que ha permitido perpetuar relaciones de poder, discriminación, abusos sexuales y prácticas como mutilación genital femenina; en contra de la niñez y especialmente, en contra de las niñas. Se ha tratado el dominio de la información y toma de decisiones desde la visión del patriarcado que se ha centrado en las necesidades y placeres del hombre adulto por sobre el de los niños, niñas y adolescentes, muchas veces, dotando de información errónea, incompleta, parcializada o tergiversada como uno de los mecanismos de control que ha permitido sostener en el poder la visión androcéntrica y adultocentrista.

Es evidente la repercusión histórica de esta forma de ejercicio del poder en la accesibilidad de derechos que tienen como destinatarios personas que se encuentran en una posición vulnerable por sus condiciones etarias. En este caso particular, la situación de jóvenes, niñas y niños a quienes se les ha violado sistemáticamente derechos que se ven involucrados

¹²⁰ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de Derechos del Niño, 2003, párr. 28, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html (último acceso: 5 de septiembre de 2020).

durante el proceso de desarrollo de la sexualidad, la cual es parte intrínseca de todas las personas y que le acompañará a lo largo de su vida.

Para romper esta tradición adulta, el Comité de Derechos del Niño ha enfatizado en la orientación debida que deben recibir las personas menores de edad, tanto por sus padres, madres y tutores, como por el Estado:

“El Comité pide a los Estados Partes que elaboren y apliquen de forma compatible con la evolución de las facultades de los adolescentes, normas legislativas, políticas y programas para promover la salud y el desarrollo de los adolescentes: a) facilitando a los padres (o tutores legales) asistencia adecuada a través de la creación de instituciones, establecimientos y servicios que presten el debido apoyo al bienestar de los adolescentes e incluso cuando sea necesario proporcionen asistencia material y programas de apoyo con respecto a la nutrición, el desarrollo y la vivienda (art. 27 3)); b) proporcionando información adecuada y apoyo a los padres para facilitar el establecimiento de una relación de confianza y seguridad en las que las cuestiones relativas, por ejemplo, a la sexualidad, el comportamiento sexual y los estilos de vida peligrosos puedan discutirse abiertamente y encontrarse soluciones aceptables que respeten los derechos de los adolescentes (art. 27 3)”¹²¹

La ESI debe proveer al estudiante información oportuna relativa a la sexualidad y a la reproducción que rompa los paradigmas y estereotipos de enseñanza que cercenan la posibilidad de gozar y exigir los derechos humanos. Los padres, madres, tutores y el Estado tienen la obligación de proveer esta información a la niñez, con el propósito de que ésta se desarrolle de forma plena. Ninguno de estos actores puede privar a la persona de la posibilidad de accederla. La información que provee la ESI a las personas es un elemento imprescindible para gozar de una vida en condiciones de dignidad, razón por la cual debe considerarse la ESI como un derecho humano.

4. Derecho humano a la educación sexual integral

A partir del Informe del Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Educación emitido por el señor Vernor Muñoz, dedicado especialmente a la ESI, se afirma que la educación sexual “es un derecho humano en sí mismo”¹²². Este criterio es compartido en esta

¹²¹ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de Derechos del Niño, 2003, Párr. 16, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html (último acceso: 5 de septiembre de 2020).

¹²² *Ibidem*, Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, párr. 19.

investigación, considerando de gran importancia el adjetivo de “integral” dentro de él ya que toma en cuenta, no solo términos cognitivos biológicos, sino también, aspectos sociales y psicológicos, desde la perspectiva de derechos, de género y de infancia.

El Relator ubica que la ESI hace parte del derecho de las personas a ser educadas en derechos humanos y debe ser considerada un derecho humano en sí mismo, pero asociado a otros derechos bajo el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. “El derecho a la educación incluye el derecho a la educación sexual, el cual es un derecho humano en sí mismo, que a su vez resulta condición indispensable para asegurar que las personas disfrutemos de otros derechos humanos.”¹²³

El derecho humano a la ESI no es sólo un medio para garantizar el cumplimiento a cabalidad del derecho a la vida, a la educación, a la salud y a la información, derechos claramente definidos y establecidos por el SUPDH, y reconocidos por Costa Rica; sino que el derecho humano a la ESI busca un fin en sí mismo: la autodeterminación sexual y reproductiva desde los derechos de la persona, clave de la dignidad humana, que contribuye a su digno y pleno desarrollo dentro de la sociedad, y que se fundamenta en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos como la DUDH, el PIDESC, la Convención de los derechos del Niño, la CEDAW, el Plan de acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, la Plataforma de la Conferencia de Internacional de la Mujer, la DADDH, la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, la Convención Belém do Pará, el Protocolo de San Salvador, etc.

La ESI conlleva un proceso de conocimiento sobre aspectos biológicos (cuerpo humano), psicológicos (sentimientos) y sociales (deberes y derechos) de la sexualidad humana, la cual es una dimensión inherente y fundamental del ser humano. Este conocimiento contribuye a su ejercicio desde la perspectiva de derechos en pro de su propia dignidad y la de otras personas.

La ESI tiene un impacto directo en la reducción de brechas, a partir de la posibilidad de que desde la niñez se cuente con la información necesaria sobre sexualidad y reproducción que

¹²³ Ibidem.

contribuya con la persona para que goce de forma plena de los derechos relacionados a ella y a su vez, prevenir, detectar y denunciar actos de violencia sexual que le impiden el goce y disfrute de una sexualidad responsable y libre.

Caso contrario, frente a la ausencia de la ESI se disminuyen las posibilidades de prevenir, detectar, denunciar e impedir actos discriminatorios y violentos que vulneran a la persona, impidiéndole gozar de una sexualidad plena y, por ende, de una vida digna. Así lo indican los órganos de tratados de la ONU que “han considerado la falta de acceso a la educación sexual y reproductiva, como una barrera para el cumplimiento de la obligación estatal de garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la no discriminación, a la educación y a la información.”¹²⁴

Considerar la ESI como un derecho de base legal supeditaría estas garantías a la voluntad política del gobierno de turno, lo cual representa una amenaza a la vida del ser humano. Por esta razón, debe establecerse la ESI como un derecho humano que debe respetarse por encima de las disposiciones legales de cada Estado para garantizar la dignidad de la persona a nivel personal y colectivo.

En conclusión, la sexualidad y la reproducción, son inherentes al ser humano durante toda su vida, se trata de una cuestión de vida o muerte y tienen un impacto directo en la dignidad del ser, tanto en su bienestar físico y mental, como en lo que respecta a las cuestiones de índole socioeconómico.

La ESI funciona como el medio para contribuir a su práctica libre y segura, por lo que debe ser accedida sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.

Estas características, en definitiva, encuadran la ESI en la definición dada por la ONU para considerarla como un derecho humano en sí mismo.

¹²⁴ Ibidem, párr. 27.

Sección E: El impacto de la educación sexual integral

Por medio del análisis de algunos datos estadísticos es posible afirmar que la ESI tiene la capacidad de generar impactos tanto en el nivel colectivo, en el ámbito económico y social de la sociedad, como en el nivel personal, en lo psicológico y físico del ser humano. El negar o garantizar el derecho humano a la ESI puede significar, para un país, una mejoría o un grave detrimento en los indicadores relativos a la calidad de vida de sus pobladores.

Una ESI ausente durante la niñez y adolescencia puede producir consecuencias físicas negativas individuales que podría llevar a la persona a la muerte, sea hombre o mujer, por ejemplo: sufrir de enfermedades de transmisión sexual, sobrellevar un embarazo y parto de riesgo o ser víctima de violencia sexual. Estas, a su vez, podría ocasionarle a la persona consecuencias psicológicas negativas que podrían llevarla incluso al suicidio, por ejemplo: traumas, crisis de ansiedad, depresiones, inseguridades, baja autoestima, etc.

La ausencia de ESI también puede producir consecuencias sociales y económicas negativas inmediatas y posteriores para la persona, a raíz de la desinformación con que sobrellevan la vida sexual y reproductiva, por ejemplo: discriminación, dificultad para profesionalizarse, dificultades para incorporarse al mercado laboral, dificultades financieras, etc. Lo que a su vez suma a la realidad país que, visto en conjunto, puede reflejar altos indicadores de desigualdad, baja escolaridad, desempleo, pobreza, etc. Es decir, el impacto que tiene la ESI es de dimensión mundial, no se trata únicamente del disfrute de la sexualidad de la persona, sino que trasciende al bienestar de la sociedad global.

El Instituto Nacional de las Mujeres (“INAMU”, en adelante) ha afirmado que “una situación de embarazo antes de los 20 años aumenta las probabilidades de mortalidad infantil, así como de complicaciones obstétricas para las madres, se vincula con la deserción escolar temprana y reproducción de ciclos de pobreza, violencia y discriminación”¹²⁵

Para el caso de Costa Rica, el Instituto Nacional de Estadística y Censo (“INEC”, en adelante) ha desplegado esfuerzos para recopilar datos demográficos y, por su parte, el INAMU se ha

¹²⁵ Instituto Nacional de las Mujeres, Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica, Investigación, San José, Costa Rica: INAMU, 2019, p. 174.

encargado de producir informes donde éstos se analizan con el propósito de obtener el estado de situación sobre la realidad de las mujeres, en particular, que incluyen su realidad frente a derechos económicos, derechos políticos, derechos sexuales y reproductivos, etc.

La presente sección recopilará hallazgos relativos a los impactos de la ESI en el país, con respecto al embarazo adolescente, a partir de los datos del INEC y algunas conclusiones que ha logrado alcanzar el INAMU.

1. El embarazo adolescente en Costa Rica

Las estadísticas del embarazo adolescente en Costa Rica pueden fungir como un indicador para acercarse a un intento de medición cuantitativo sobre la situación país respecto a los derechos sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes.

La situación socioeconómica y psicológica que vive una persona menor de edad que debe lidiar con la maternidad o la paternidad, puede tener repercusiones en el desarrollo de su futuro. La labor de madre o padre adolescente pueden llegar a poner en jaque el goce y disfrute de otros derechos que pasan a ser desplazados por la responsabilidad de tutelar a otro niño/a y, considerando el impacto según el género, está demostrado que la situación se agrava para la mujer adolescente madre.

Esta información, es proveída por el INEC, la cual, se considera la más representativa para revelar el impacto de la ESI en la situación de los derechos sexuales y reproductivos. Además de ella, podría considerarse otras estadísticas como, por ejemplo, las relativas al VIH.

Previo a la incorporación del Programa en el año 2013, el INEC registró los siguientes números sobre casos de embarazo en mujeres menores de diecinueve años:

Edad	Año							
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Menores de 15 años	454	469	500	525	551	428	477	522
De 15 a 19 años	13 802	13 528	13 981	14 655	14 117	12 828	13 392	13 672
Total	14 256	13 997	14 481	15 180	14 668	13 256	13 869	14 194

Fuente: INEC, Total de nacimientos por peso al nacer, según meses de embarazo y grupos de edades de la madre, 2005-2011.

De este cuadro es importante resaltar que no se refleja una tendencia a la baja, sino que se trata de una cifra que oscila entre los trece y quince mil mujeres embarazadas. Sin embargo, debe resaltarse la situación de las niñas menores de quince años, donde las cifras sí fueron tendientes al alza con respecto al año 2005.

Posterior al año 2012, los números del embarazo adolescente han ido en disminución constante, que si bien no se puede dar una afirmación certera de que es resultado de la implementación de la ESI, no se puede negar que, eventualmente, puede tener influencia en la estadística favorable, además de otras acciones que se han llevado a cabo en el nivel estatal, por ejemplo, desde el Ministerio de Salud que puso a disposición facilidades para el acceso a métodos de anticoncepción para las personas adolescentes.

Edad	Año								
	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Menores de 15 años	473	509	433	349	300	258	265	222	197
De 15 a 19 años	12451	11999	11177	10575	9851	9273	7775	5920	4850
Total	12924	12508	11610	10924	10151	9531	8040	6142	5047

Fuente: INEC, Total de nacimientos por peso al nacer, según meses de embarazo y grupos de edades de la madre, 2013-2018.

Por su parte, el INAMU ha visibilizado la variación porcentual de la tasa de fecundidad de las mujeres de quince a diecinueve años por cada mil mujeres.

Imagen 1

Tabla 6.1
Tasa de fecundidad en mujeres de 15 a 19 años (por cada 1000 mujeres), según estado de convivencia de la madre. 2012-2017

Año	Estado de convivencia		Total País
	En unión	Fuera de unión	
2012	21,8	45,2	67,1
2013	18,9	42,1	61,1
2014	18,8	40,1	58,9
2015	16,7	38,2	54,9
2016	14,8	38,4	53,2
2017	11,1	38,4	49,5

Fuente: Unidad de Investigación, INAMU; con base en datos de Estadísticas Vitales del INEC.

La comparación entre el año 2012, previo a la incorporación del Programa, versus el año 2017, demuestran una variación porcentual de 17.6 puntos “Para el año 2017 las madres adolescentes son el 14,7% del total (equivalente a 10.150 nacimientos) frente al 20% que eran hace una década”¹²⁶.

Según el INAMU, esta disminución es evidencia de la aplicación de diversas políticas y acciones del país, por ejemplo, impartir educación sobre sexualidad y afectividad, los programas novedosos con responsabilidad, el acceso a métodos anticonceptivos y leyes que protejan a las niñas y adolescentes, como la ley número 9406, la cual entró en vigencia en enero de 2017 y penaliza las relaciones sexuales con personas menores de edad, cuando media en la relación una diferencia de edades suficiente para establecer relaciones de poder a causa de la edad e incluye la prohibición del matrimonio en personas menores de 18 años.

Esta baja en las estadísticas parece ser esperanzadora, sin embargo, no es suficiente. Afirmar que extender a grados prescolares y escolares el Programa hará descender la cantidad de embarazos en personas menores de edad no es una verdad absoluta, más podría generar efectos significativos como los que se han visto posterior al 2013 que se incorporó.

¹²⁶ Ávalos, citado por el Instituto Nacional de las Mujeres, Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica, Investigación, San José, Costa Rica: INAMU, 2019, p. 174.

CAPÍTULO II: Derecho humano a la libertad de pensamiento, conciencia y religión

El derecho humano a la libertad de pensamiento, conciencia y religión es un derecho humano consolidado y reconocido expresamente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales realizan un tratamiento en conjunto de esta triada de términos, en razón de su estrecha relación.

En los debates y discusiones públicas sobre el derecho a acceder a la ESI, el derecho humano a la libertad de pensamiento, conciencia y religión ha sido objeto de profundización. Se ha cuestionado si este derecho se ve vulnerado en razón de la influencia que puede ejercer la ESI en la libertad de pensamiento y la forma de actuar de las niñas, niños y adolescentes, con respecto al ejercicio de su sexualidad.

De igual forma, ha acontecido en las disputas judiciales, tal como fue el caso de Costa Rica, donde se alegó que la ESI, facilitada por el sistema educativo formal, transgrede la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

En ese sentido, el presente capítulo aspira analizar cada uno de los términos por separado, por medio de una delimitación conceptual para, posteriormente, determinar si son de naturaleza diferente, similar o igual, la relación que existe entre cada una de ellas y, finalmente, intenta establecer la influencia que tiene cada uno de ellos como tal o bien de forma conjunta, si su tratamiento conceptual lo exige, sobre el derecho humano a la ESI.

Sección A: Derecho humano a la libertad de pensamiento

En esta primera sección se pretende esclarecer el significado del derecho humano a la libertad de pensamiento desde una visión teórica que reúne consideraciones doctrinarias de diversos/as autores/as, de forma que sea posible determinar, más adelante, su eventual vulneración frente a la ESI; para ello, también se consideran las especificaciones que el Comité de Derechos del Niño ha hecho para que este derecho se le garantice de igual forma a la población infantil.

1. Conceptualización de la libertad de pensamiento

La libertad de pensamiento ha sido debatida desde siglos atrás. Grandes filósofos, como Immanuel Kant, han trabajado el desarrollo teórico de términos tan difusos como el pensamiento, el cual, a pesar de que abarca una esfera idearia interna del ser, se dice que tiene también un aspecto exterior que eventualmente puede llegar a transgredirse, razón por la cual es objeto de tutela por los instrumentos internacionales.

Respecto a la construcción conceptual del término, autoras como Olmos Ortega entiende por derecho a la libertad de pensamiento aquello que “ampara creencias o convicciones no religiosas, es decir, las creencias profanas, sean filosóficas, científicas, profesionales, etc.”¹²⁷

Por su parte, el profesor de Filosofía del Derecho, Javier Hervada, explica que el derecho a la libertad de pensamiento “tiene por objeto las creencias, convicciones, opiniones, etc., no religiosas. (...) Ampara ante todo y fundamentalmente un ideario – unas ideas y convicciones -, junto con la correspondiente observancia. (...) El bien amparado por la libertad de pensamiento es, radicalmente, un sistema de ideas, un ideario.”¹²⁸

Entiéndase, de conformidad con las definiciones anteriores, el derecho a la libertad de pensamiento como un espacio interno y personal del ser humano donde se contienen diversas ideas que no están relacionadas con una creencia religiosa y que no están sometidas a ningún poder o perturbación.

Sin embargo, los autores Cortes Cortes y Valladares Ljubetic, no excluyen los pensamientos religiosos, sino que apuntan a que:

“la libertad de pensamiento se puede entender, principalmente, con la posibilidad de que un sujeto, con la capacidad necesaria, pueda elaborar, a través de procesos intelectuales propios, y sin forma de coerción alguna, una posición, opinión o idea respecto de cualquier tema o asunto, dentro de su fuero interno. Siempre en virtud del

¹²⁷ María Olmos Ortega, “El derecho a la libertad religiosa: un tema de nuestro tiempo, s.f”, p.6, Documento de sitio web: <http://www.ligaproderchoshumanos.org/articulos/maria-elena-olmos-ortega.pdf> (consultada el 1 de abril de 2018).

¹²⁸ Javier Hervada Xiberta, “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia, 30 de octubre de 1992”, p.117-119, Documento de sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2117357.pdf> (consultada el 19 de abril de 2018).

análisis que esta persona haga de su entorno y respecto de las consideraciones creadas desde su propio ser”¹²⁹

Finalmente, Salcedo Hernández indica que esta libertad:

“permite a la persona dar una respuesta autónoma a los interrogantes de su vida personal y social; dicho de otro modo, es la concepción que el individuo tiene sobre las cosas, el hombre y la sociedad y de acuerdo con la cual actúa. Es un pensamiento político, filosófico, científico... Es la libertad de pensar y obrar en consecuencia. (...) se trata de una actividad racional mediante la que se crea un sistema ideológico basado en unas convicciones o creencias autónomas nacidas a la luz del libre pensamiento”¹³⁰

En conclusión, para efectos de la investigación se entenderá, la libertad de pensamiento como la libertad del ser humano de generar cualquier tipo de ideas, consideraciones u concepciones en su esfera interna que es el pensamiento, respecto a cualquier asunto. Sin embargo, surgen interrogantes sobre si debe tutelar el Estado la libertad de la persona de poder pensar y ejecutar lo que se piensa, a toda costa, mientras esté dentro de los parámetros legales y si sería posible para el Estado garantizar su materialización

Al respecto, este derecho se ha delimitado en la región de la siguiente manera: la CADH, en su artículo 13 otorga la “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”¹³¹, este derecho lo titula como “libertad de pensamiento y de expresión”. Así las cosas, también se establece el derecho a la libertad de pensamiento como un derecho estrechamente relacionado con la libertad de expresión, los cuales usualmente, reciben un tratamiento conjunto reconocido, tanto por los Tribunales Europeos, como por la Corte IDH. Sin embargo, tradicionalmente se les ha dado una connotación más relacionada con libertades de prensa.

¹²⁹ Rodrigo Humberto Cortes Cortes y Javier Antonio Valladares Ljubetic, “Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2014” p.60, Sitio web: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129831/Libertad-de-pensamiento-y-derechos-conexos.pdf?sequence=1> (consultada el 2018 de mayo de 1).

¹³⁰ José Ramón Salcedo Hernández, *Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia*, 13 de mayo de 1997, p.96, Documento de sitio web: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81451/78601> (último acceso: 4 de marzo de 2019).

¹³¹ Organización de los Estados Americanos, «OEA.» *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, Art.13, Sitio web: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (último acceso: 4 de marzo de 2019).

No está de más indicar que la esfera del pensamiento, a pesar de que abarca un ámbito interno del ser, tiene relación directa con la manifestación externa a partir de las ideas y por ello su tratamiento ligado, más esto no es sinónimo de garantía de la materialización de estas ideas.

Con respecto a la población infantil, el Comité de Derechos del Niño ha emitido observaciones generales para explicar cómo garantizar este derecho a ese grupo etario en particular. La Convención de Derechos del Niño incorpora el derecho a la libertad de pensamiento e indica que es deber de los Estados Partes respetarlo, así como respetar los derechos y deberes las personas representantes legales para que guíen a la persona menor de edad en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades,¹³² siempre considerando la dignidad innata de todo niño y sus derechos iguales e inalienables.

En ese sentido, debe considerarse que dicha evolución de facultades es un "proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión y que tradicionalmente se han justificado alegando la relativa inmadurez del niño y su necesidad de socialización."¹³³ Así las cosas la labor de las personas encargadas legales con respecto a sus responsabilidades con los niños, niñas y adolescentes a su cargo, en temas de libertad de pensamiento, deben enfocarse en dirigir y orientar, mediante el diálogo y los ejemplos, con el propósito de mejorar la capacidad para el ejercicio de sus propios derechos.

Esta misma interpretación, el Comité de Derechos del Niño, la hace para la libertad de conciencia y religión, siempre dando énfasis a la promoción de la capacidad para la participación de los niños, niñas y adolescentes, en el ejercicio de esta triada de derechos.

¹³² Convención sobre los Derechos del Niño, *Ibidem*, Art. 14.

¹³³ Comité de Derechos del Niño, *Observación General No. 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2007, párr. 17, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html#GEN1 (último acceso: 7 de octubre de 2020).

Sección B: Derecho humano a la libertad de conciencia

Al igual que la sección que antecede, con respecto al derecho humano a la libertad de conciencia, se dará una aproximación de su significado que, posteriormente, será insumo para analizar los alcances de este derecho frente a la ESI que se imparte en el sistema educativo formal, considerando lo que el Comité de Derechos del Niño ha indicado respecto a la forma de garantizarle este derecho en la población infantil. Además, la sección incluye un análisis sobre la objeción de conciencia y sus implicaciones.

1. Conceptualización de la libertad de conciencia

Como parte del reconcimientto del ser humano como un ser racional, la libertad de conciencia funge como una libertad fundamental que compone toda sociedad democrática. Tanto filósofos/as eclesiásticos, como del ámbito secular, han construido diferentes interpretaciones en torno a este derecho. Producto de estas construcciones se han formulado variadas definiciones que lo vinculan como un derecho derivado del pensamiento, o bien, a contrario sensu, otros/as lo vinculan como un derecho que da origen al pensamiento y a la religión.

Como aspecto inicial, la definición de conciencia, según el profesor Hervada, es un “juicio de conformidad con una acción concreta con una regla de moralidad que forma parte del sistema moral de una religión o de la ética natural”¹³⁴, por ello “lo que advertimos o sentimos como conciencia es un dictamen interior de nuestra razón sobre si tal o cual acción que pensamos realizar o hemos realizado es buena, mala o indiferente desde el punto de vista de la moral o ética”.¹³⁵

Por su parte, González Medrano explica la libetad de conciencia como “ese reducto íntimo del hombre donde se encuentran sus convicciones más profundas (religiosas, morales, ideológicas, filosóficas, políticas, etc.), fuera del alcance de cualquier poder público; es el

¹³⁴ Javier Hervada Xiberta, *Ibidem*, p.122-123.

¹³⁵ *Ibidem*, p.119.

santuario en el que se desarrolla el decisivo y absolutamente personal encuentro del hombre consigo mismo.”¹³⁶ para esta definición debe entenderse la palabra “hombre” como persona.

La definición anterior, también, encuentra argumentos comunes con las afirmaciones que realiza Salcedo Hernández, quien indica que no es una libertad categorizable comprensiva de las libertades de pensamiento y religiosa, ya que se encuentra amparada en un juicio moral frente a determinadas situaciones. En ese sentido, “será la motivación la que determine en qué ámbito opera la libertad de conciencia: si subordinada a la libertad religiosa (motivación religiosa), si a la libertad de pensamiento (motivación de otro tipo) o a ambas.”¹³⁷

Finalmente, autores/as coinciden en que la libertad de conciencia está estrechamente relacionada con un aspecto externo, lo cual convierte a esta libertad en meritoria de tutela por parte del ordenamiento jurídico, así es manifestado por Olmos Ortega, quien concibe que la libertad de conciencia “ampara nuestra actuación práctica que precisamente va a depender de cuáles sean nuestras convicciones ideológicas o religiosas.”¹³⁸

Así las cosas, se concluye que la libertad de pensamiento se diferencia de la libertad de conciencia en el siguiente sentido: la libertad de pensamiento hace referencia a ideas de cualquier índole (filosóficas, culturales, científicas, sociales, religiosas, moral, ético, etc.) que se encuentran en la esfera interna del ser humano; mientras que la libertad de conciencia rige un juicio, dictámen o decisión, desde el libre pensamiento del ser humano para una actuación conforme a ellos.

Una segunda conclusión es que, para ambas libertades, es posible acudir a la instancia judicial y administrativa para hacer valer garantías de protección estatal frente a obstaculizaciones que impidan ejercer plenamente éstos derechos cuando son manifiestos. Por un lado, la libertad de pensamiento se asocia con la libertad de expresión; mientras que la libertad de conciencia se asocia con la adopción de una posición de hacer o no hacer, por medio de la

¹³⁶ Gabriel González Merlano, *La Libertad Religiosa y la Libertad de Conciencia. Jornadas la libertad religiosa en la sociedad pluralista* (Montevideo, Uruguay: Universidad Católica del Uruguay, 2014) p.1-2.

¹³⁷ José Ramón Salcedo Hernández, *Ibíd.*, p.100.

¹³⁸ María Olmos Ortega, *Ibíd.*, p.6-7.

objección de conciencia. Ambas se encuentran sometidas al debido ordenamiento jurídico, en consonancia con la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, es necesario cuestionarse si esta misma teoría aplica cuando se trata de niñas, niños o adolescentes. Tradicionalmente, este derecho ha sido abordado desde la perspectiva de las personas adultas, pero parece necesario centrar el debate con un enfoque de niñez y adolescencia.

El Comité de Derechos del Niño aún no ha emitido recomendaciones que aborden directamente el artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño que estipula el derecho a la libertad de conciencia. Sin embargo, ha profundizado en torno al derecho a la participación de ellos y ellas.

En sus recomendaciones, el Comité aborda la triada de libertades de pensamiento, conciencia y religión entendiéndolos, no como derechos sobre los cuales las personas encargadas legales tienen poder de decisión, sino como derechos donde las personas adultas deben cumplir una función dirigida a potenciar la capacidad para la participación autónoma del niño/a, conforme a su progresivo desarrollo, teniendo como norte principal el interés superior del niño/a.

Al respecto, se ha indicado que debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades de la niña/o, “a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores.”¹³⁹

En ese sentido, en caso de que una niña o niño que, por su desarrollo ya pueda considerar que su derecho a la libertad de conciencia está siendo vulnerado, podrá acudir a mecanismos de objeción con o sin acompañamiento de sus padres o tutores, para ello, se ha establecido la

¹³⁹ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de Derechos del Niño*, 2003, párr. 44, Sitio web: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (último acceso: 7 de octubre de 2020).

obligación del Estado de atenderles, crearles espacios y apoyarles, desde la institucionalidad pública, los centros de estudio y la sociedad civil con el fin de que sean escuchados/as.

Esto se debe a que la Convención de Derechos del Niño planteó un enfoque basado en que las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos ahí consagrados, los cuales deben ser afirmados y defendidos como objetivo primordial de las políticas de protección del Estado, incluyendo la libertad de conciencia y sus mecanismos de objeción.

“Es necesario adoptar un nuevo paradigma y alejarse de los enfoques de la protección del niño que perciben y tratan a los niños como "objetos" que necesitan asistencia y no como personas titulares de derechos, entre ellos el derecho inalienable a la protección. Un enfoque basado en los derechos del niño da mayor efectividad a los derechos que la Convención reconoce a todos los niños, reforzando la capacidad de los responsables de cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos (art. 4) y la capacidad de los titulares de derechos de reivindicarlos, guiados en todo momento por el derecho a la no discriminación (art. 2), la consideración del interés superior del niño (art. 3, párr. 1), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el respeto de las opiniones del niño (art. 12). Asimismo, los niños tienen derecho a ser orientados y guiados en el ejercicio de sus derechos por sus cuidadores, sus padres y los miembros de la comunidad, de modo acorde con la evolución de sus facultades (art. 5). Se trata de un enfoque holístico que hace hincapié en el apoyo a los puntos fuertes y los recursos del propio niño y de todos los sistemas sociales de que forma parte: la familia, la escuela, la comunidad, las instituciones, y los sistemas religiosos y culturales.”¹⁴⁰

2. La objeción de conciencia

Históricamente, las personas han recurrido al derecho a la objeción de conciencia para exonerarse de realizar acciones a las que se encuentran obligadas, las razones para la exoneración, comúnmente, han sido razones religiosas, como por ejemplo ocurre con la objeción de conciencia para no realizar el servicio militar obligatorio que se imponía en distintos países del mundo.

Actualmente, es posible notar el aumento de personas que recurren al mecanismo de objeción de conciencia en temas relacionados con la salud sexual y reproductiva, ejemplo de ello se da en casos donde los profesionales de la salud deberían realizar, como parte de sus funciones, procedimientos de interrupción del embarazo y procedimientos para la

¹⁴⁰ Ibidem, *Observación General No. 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 2011, párr. 59, Sitio web: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2020).

anticoncepción tanto masculina como femenina, pero se niegan a ello en nombre de este derecho. En algunos países de América Latina, como es el caso de Argentina, esto ha ido colocando, incluso, en tensión otros derechos conexos, tanto legales, como constitucionales, e incluso, supraconstitucionales.

Pero, ¿qué se entiende por objeción de conciencia? La objeción de conciencia es un derecho fundamental que no puede faltar en las sociedades democráticas respetuosas de la pluralidad. La diversidad de religiones, creencias, filosofías e ideas, convergen también en la sociedad costarricense, al igual que en el resto del mundo. La globalización y la interconectividad ha potenciado la difusión de creencias cada vez más diversas que influyen en los juicios, dictámenes y decisiones de las personas. En ese escenario es que el legislador, a través del mecanismo de “objeción de conciencia”, protege la libertad de conciencia, es decir, ese juicio interno que determina el hacer o el no hacer.

El derecho a la objeción de conciencia es entendido como “el derecho a no ser obligados a realizar acciones que contrarían nuestras convicciones éticas más profundas cuando la eximición no produce daños a terceros”.¹⁴¹ “El objetor de conciencia se caracteriza por negarse a obedecer el derecho sobre la base de que la obligación jurídica le exige un comportamiento contrario a sus más profundas convicciones morales, religiosas o filosóficas.”¹⁴²

Es decir, el derecho a la objeción de conciencia se encarga de tutelar las convicciones de la persona provenientes ya sean de la ética, de la moral, de la religión o de la filosofía, frente a los deberes de acción legales que las contrarían. La negativa deriva de una obligación legal con la cual el objetor debe de cumplir. En palabras de Martín Sánchez “comporta la imposición de un deber jurídico de obligado cumplimiento, sin otras alternativas posibles,

¹⁴¹ Marcelo Alegre, ¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva, s.f., p.3, Documento de sitio web: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/. (último acceso: 25 de marzo de 2019).

¹⁴² Diego Papayannis, Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, 2013, p. 223, Documento de sitio web: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=2ahUKEwjct6ONvZ7hAhXis1kKHf4LAM8QFjAJegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fpublicaciones%2Flibros%2Fpdf%2Ffla-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino%2F012-papayannis-concie> (último acceso: 25 de marzo de 2019).

que la persona rechaza por considerarlo contrario a su conciencia.”¹⁴³ En ese sentido, a pesar de que la norma jurídica continúa siendo válida y legítima, la persona objetora, amparada en el derecho de objeción de conciencia no se encuentra en la obligación de aplicarla.

Podría considerarse, la objeción de conciencia como un mecanismo para evadir las obligaciones que impone el ordenamiento jurídico o para derogar la norma por medio de una manifestación “sencilla” de negación, pero de lo que se trata es de tutelar la esfera del pensamiento interno del ser, a través de los mecanismos que el Estado pone a disposición, y no la legitimidad o validez de la obligación.

Alrededor del derecho a la objeción de conciencia, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, se han realizado apreciaciones a favor y en contra. Hay quienes la consideran como una estrategia de poder para negar a otras personas el acceso a derechos fundamentales generando riesgos para la vida, la salud o la autonomía de las personas; mientras que otros consideran como un mecanismo de resistencia frente al poder estatal.

Al propósito de ello, para el tema en particular, pero en lo que respecta a las personas menores de edad, el Comité de Derechos del Niño ha realizado un comentario donde determina de forma precisa que “Los Estados deben velar por que no se prive a los adolescentes de ninguna información o servicios en materia de salud sexual y reproductiva como consecuencia de objeciones de conciencia de los proveedores.”¹⁴⁴ Lo cual es reflejo de que este derecho no es absoluto, ni ilimitado y, de realizar una interpretación más específica se ha encargado la jurisprudencia.

3. La objeción de conciencia en la jurisprudencia costarricense

En Costa Rica, la objeción de conciencia ha sido abordada por la jurisprudencia, principalmente, como una derivación de la libertad religiosa consignada en el artículo 75 de la CP que le otorga una religión oficial al Estado, sin impedir el libre ejercicio de otros cultos,

¹⁴³ Isidoro Martín Sánchez, *Algunos supuestos controvertidos de la objeción de conciencia*, 2009, p.4, Documento de sitio web: www.imdee.com/descargas/archivos/02_11_11_927.pdf (último acceso: 25 de marzo de 2019).

¹⁴⁴ Comité de Derechos del Niño, *Observación General No. 15 Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2013, Párr. 69, Documento de sitio web: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2020).

mientras éstos no se opongan a la moral y a las buenas costumbres. La Sala Constitucional de la CSJ ha facilitado desde definiciones, hasta consideraciones de mecanismos para hacer valer el derecho a la objeción de conciencia.

Ejemplo de ello es que para el año 1993 la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad donde se impugnaba la norma que prohíbe la venta de licores los días Jueves Santo y Viernes Santo. En esa ocasión la Sala explicó lo que debía entenderse por derecho a la libertad de conciencia: “debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella.”¹⁴⁵, concepto reiterado que ha sostenido hasta sentencias del año 2014.

En el año 2002, la Sala Constitucional abordó otra acción de inconstitucionalidad, pero en esta ocasión en materia de educación religiosa, donde reconoció “el derecho de desarrollar y cultivar las convicciones individuales sin ser perturbados por el Estado.”¹⁴⁶. En esta oportunidad la Sala estimó el artículo 210 del Código de Educación como un mecanismo para regular el derecho a la objeción de conciencia frente a la educación religiosa que otorga el Estado dentro del sistema de educativo formal, ya que establece la educación religiosa como lección obligatoria, sin embargo, a su vez, otorga la posibilidad de eximir a aquellos/as estudiantes que presenten una carta dirigida al director de la institución haciendo la solicitud.

Caso similar ocurrió en el año 2012 con la implementación de la ESI. En esta oportunidad la Sala Constitucional, en sentencia 10456, por mayoría declaró parcialmente con lugar el recurso interpuesto en contra del Programa, popularmente reconocido como “guías sexuales”, incorporado por el MEP.

¹⁴⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, *Acción de inconstitucionalidad: voto No. 3173*, 6 de julio de 1993, párr. VII, Nexus: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-80687> (último acceso: 7 de abril de 2019).

¹⁴⁶ *Ibidem*, *Acción de inconstitucionalidad: voto No. 8557*, 3 de septiembre de 2002, párr. III, Nexus: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-204332> (último acceso: 8 de abril de 2019).

La fundamentación de la declaratoria fue en cuanto a la violación de la libertad de conciencia por considerar que la ESI es parte del acervo moral que incide en los valores y creencias filosóficas, religiosas y, en razón de que no existe una obligación de soportar tal perturbación o invasión en esa esfera interna del ser que es su conciencia es que, en ese sentido, se obligó al MEP a establecer un mecanismo ágil y sencillo para que las personas representantes del menor puedan eximir a sus representados/as del curso. Algunas de las argumentaciones alegadas en la sentencia, relacionadas con la objeción de conciencia, son:

“pero ante el hecho de que este tipo de enseñanza forma parte del acervo moral de los educandos e incide en su escala de valores, en sus creencias y en su conciencia, **los padres que consideren que el contenido de guías sexuales afecta negativamente las creencias religiosas y filosóficas que quieren para sus hijos, no tienen la obligación de soportar una invasión de parte del Estado**, en un ámbito que el Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reserva a la esfera de la relación padres e hijos.

(...)

La sociedad democrática es una sociedad tolerante y, por consiguiente, se impone tanto el respeto de las creencias de todas las personas que forman parte de la sociedad, como el derecho que dichas creencias se traduzcan en la realidad, independientemente de lo que piensen los demás sobre estas, así como a rechazar cualquier invasión en ámbito de la conciencia. Por ello, entiende este Tribunal que la manera apropiada de conciliar los derechos en juego en este caso, **apunta a la necesidad de establecer un mecanismo en favor de aquellos padres que consideren que la puesta en ejecución del programa de estudio de “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” afecta sustancialmente su derecho fundamental a incidir efectivamente en los aspectos que afecten la educación moral o religiosa de sus hijos**, según la formulación recogida en las normas de derecho positivo ya reseñadas.

(...)

Para que los padres puedan excluir a sus hijos de la atención del programa de estudio de “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” **debe el Ministerio de Educación Pública establecer la forma en que los representantes del menor puedan hacer la respectiva objeción a través de un mecanismo ágil y sencillo, con el fin de garantizarles el respeto de sus derechos fundamentales relativos a la educación de sus hijos.**”¹⁴⁷

Estas consideraciones de la sentencia 10456-2012 establecen el derecho a la objeción de conciencia de las personas representantes legales en favor de sus representados menores de

¹⁴⁷ *Ibidem*, *Acción de inconstitucionalidad*: voto No. 10456, 1 de agosto de 2012, párr. X y XI, Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=02-007617-0007-CO&strTipM=E (último acceso: 9 de abril de 2019).

edad frente a la ESI, donde para ello, la Administración debe establecer, por ejemplo, un mecanismo administrativo por medio del cual se pueda hacer valer su derecho de forma ágil.

Finalmente, por otra parte, debe considerarse la posibilidad de limitar el derecho a la objeción de conciencia y cuestionarse bajo qué supuestos esto puede suceder, lo cual, ha sido realizado a través de diferentes normas e interpretaciones constitucionales en diversos países de la región de América Latina, en donde el tema ha tenido amplio desarrollo, como es el caso de Argentina y Colombia.

4. Algunos límites de la objeción de conciencia

La objeción de conciencia deriva del derecho a la libertad de conciencia. Tal y como se ha indicado, este derecho cuenta con una doble dimensionalidad, por un lado, se tiene un aspecto interno, es decir las convicciones y, por el otro, un aspecto externo, es decir el obrar en concordancia con esas convicciones. Ejercer el derecho a la objeción de conciencia significa dejar de realizar una acción con respecto a la cual se tiene una obligación, esto eventualmente, puede provocar una afectación en los derechos de una tercera persona causando limitaciones e, incluso, imposibilidades totales para el goce de esos derechos.

El artículo 12 de la CADH establece que la libertad de conciencia y de religión son derechos que pueden sufrir limitaciones, siempre y cuando las mismas sean realizadas por ley y con el fin de “proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”¹⁴⁸, tal y como ha sucedido en algunos países de la región de América Latina, donde se han emitido leyes y jurisprudencia para delimitar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

Costa Rica ha impulsado iniciativas en la materia, sin embargo, las mismas han sido infructuosas. Tal es el caso del proyecto de ley tramitado bajo el expediente legislativo número 20.426, denominado: “Ley de Objeción de Conciencia”, el cual ante una consulta en la Procuraduría General de la República se determinó su inviabilidad por problemas de constitucionalidad debido a la afectación del contenido esencial del derecho a la objeción de

¹⁴⁸ Ibidem, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, Art.12, Sitio web: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (último acceso: 4 de marzo de 2019).

conciencia por restricciones y limitaciones no acordes con el derecho indicado; además de que incumplía con “los estándares internacionales en materia de derechos reproductivos, pues omite regular las medidas que garanticen la prestación efectiva de los servicios de salud sexual y reproductiva a las personas que puedan resultar afectadas con la invocación a la objeción de conciencia que haga el personal médico del respectivo establecimiento de salud.”¹⁴⁹

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional emitió la sentencia T-388/09 del 28 de mayo de 2009, donde detalló el límite del derecho a la objeción de conciencia. En la sentencia dejó en claro que cuando el mecanismo de objeción de conciencia genera consecuencias negativas elevadas en los derechos constitucionales fundamentales de un tercero, no es posible admitir su ejercicio. La afirmación la fundamenta en:

“i. al carácter relacional de los derechos que implica, de un lado, ejercer con libertad las libertades pero sin que ese ejercicio redunde en abuso o interfiera de manera injustificada, desproporcionada o arbitraria en el ejercicio de las libertades de las demás personas. ii. Significa, de otro lado, que las personas se reconozcan como parte integrante de un conglomerado social frente al cual surge el deber de propugnar por actuaciones respetuosas del bienestar general, solidarias, justas y equitativas. Actuaciones todas estas, sin las cuales el desarrollo integral de las personas y de la sociedad en su conjunto sería muy difícil e incluso poco probable. (...)”¹⁵⁰

Por su parte, desde el ámbito legislativo, Argentina ha emitido leyes en procura de regular el ejercicio de objeción de conciencia, principalmente en lo que a temas de salud sexual y reproductiva respecta. Un primer ejemplo es la ley número 25.673 de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, donde se tutela, en el anexo I que reglamenta el artículo 10, la objeción de conciencia institucional y personal, aunque estableciendo el deber de derivación.

Otro ejemplo es el artículo 6 de la ley número 26.130 que establece el Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, donde se reconoce y se regula el derecho a la

¹⁴⁹ Procuraduría General de la República, *Opinión Jurídica número OJ-100-2018*, 23 de octubre de 2018, párr. II, SCIJ: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=20702&strTipM=T (último acceso: 9 de abril de 2019).

¹⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-388/09*, 28 de mayo de 2009, punto 5.1, Corte Constitucional: Documento de sitio web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (último acceso: 9 de abril de 2019).

objeción de conciencia a nivel individual, con la obligación de tener reemplazos necesarios de manera inmediata.

Un dato importante para esta investigación es que en el caso de la ley número 26.150, que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral en el Ministerio de Educación de la Nación Argentina, no se contempló mecanismos para la objeción de conciencia.

En conclusión, para todos los casos, las limitaciones deberán ser dadas por ley y, como respuesta activa, se deberán facilitar reemplazos o derivaciones a fin de garantizar el acceso a derechos de terceras personas. Esto debe realizarse con el propósito de facilitar diversas posibilidades para que la tercera persona no sufra una violación de sus derechos o libertades. Debe quedar claro que el principal límite que tiene el derecho a la objeción de conciencia es cuando esta raya con el ejercicio de las libertades y derechos personales de las demás personas o cuando se debe garantizar el bienestar general de la sociedad.

Sección C: Derecho humano a la libertad de religión

Esta sección abarca el estudio alrededor del tercer derecho que forma parte de la triada a la que está dedicado el capítulo, se trata de la libertad de religión. La sección pretende determinar si el derecho a la libertad religiosa, desde su conceptualización e implicaciones, se ve transgredido con la incorporación de la ESI, considerando también los argumentos esgrimidos en las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño que interpretan la Convención de Derechos del Niño.

1. Conceptualización de la libertad de religión

Conceptualizar el derecho a la libertad de religión representa, inicialmente, dimensionar el amplio alcance que se le ha otorgado. Dentro de él, han involucrado otros derechos como la libertad de culto o bien, la libertad de pensamiento y conciencia, pero lo que eventualmente puede diferenciar el derecho a la libertad religiosa de otros derechos similares, es el bien jurídico que tutela en concreto.

Autores/as indican que la libertad de religión tiene por objeto “la relación del hombre con la divinidad”¹⁵¹ o “la fe y sus manifestaciones”¹⁵², estas manifestaciones pueden realizarse de forma personal o colectiva, pública o privada, en culto, a través de la enseñanza o por medio de las tradiciones, etc.

El autor Hervada Xiberta, coloca como objeto de este derecho, lo siguiente:

“La religión, o relación vital del hombre con Dios (...). Lo defendido, pues, es ante todo esa relación del hombre con Dios, es su capacidad de relacionarse con la divinidad, prestarle adoración y darle culto. (...) Lo es la religión o relación con Dios. Realidad compleja que comprende diversos elementos, reducibles a cuatro: ideario, sistema moral, culto y observancia (conducta coherente con el ideario religioso).”¹⁵³

Sin embargo, establecer una noción o definición única de lo que se debe entender por derecho a la libertad religiosa es un trabajo donde su resultado, eventualmente, puede ser discriminatorio o puede exceder los niveles de tolerancia de ciertos comportamientos que se

¹⁵¹ Ibidem, p.6.

¹⁵² Viladrich y Ferrer Ortiz, citado por José Ramón Salcedo Hernández, *Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia*, 13 de mayo de 1997, p.11, Documento de sitio web: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81451/78601> (último acceso: 17 de abril de 2019).

¹⁵³ Javier Hervada Xiberta, Ibidem, p.115-117.

amparan en dicha libertad; es por ello que el autor Luis Cervantes, citando a Joaquín Mantecón, indica que una correcta definición es la que “aboga por la reconducción hacia lo estrictamente jurídico de todo intento de definición de “religión” y “libertad religiosa”, de donde resultaría que ella se refiere a la libertad que en materia de religión disfruta el ciudadano frente al Estado.”¹⁵⁴ En sus propias palabras, define el derecho a la libertad de religión como aquel derecho que “protege esencialmente un bien jurídico consistente en el rechazo de toda forma de coerción motivada por la creencia religiosa que se profese o bien por la ausencia de la misma”.¹⁵⁵

Es decir, entiéndase la libertad religiosa como el derecho a que la persona, en su esfera interna, se identifique con cualquier credo religioso o con ninguno; y en su esfera externa, realice las manifestaciones atinentes a su credo. Tanto la identificación, como la práctica del credo deben de estar libres de todo tipo de coerción o coacción.

Más esta libertad no es todo irrestricta al igual que la libertad de conciencia. La práctica libertad religiosa debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y a la integridad física de las demás personas. Es decir, no es posible alegar libertad religiosa para vulnerar derechos de otras personas.

En particular, desde una perspectiva de niñez, el Comité de Derechos del Niño, ha indicado que “La libertad de practicar la propia religión o creencia puede verse legítimamente limitada a fin de proteger los derechos y libertades fundamentales de los demás”¹⁵⁶, por ejemplo, hay quienes justifican actuaciones violatorias de derechos basándose en su credo religioso, este ha sido el caso de castigos corporales “sugiriendo que determinadas interpretaciones de los textos religiosos no sólo justifican su uso sino que lo consideran un deber”, más con esta práctica podría incurrirse en delitos, incluso.

¹⁵⁴ Joaquín Mantecón Sancho, citado por: Luis Francisco Cervantes G, Los principios generales sobre la libertad religiosa en la jurisprudencia de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos, s.f., p. 123, Documento de sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26333.pdf> (último acceso: 20 de abril de 2019).

¹⁵⁵ Luis Francisco Cervantes G, *ibidem*.

¹⁵⁶ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, 21 de agosto de 2006, párr. 26, Documento de sitio web: https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/Gc8_sp.doc. (último acceso: 06 de marzo de 2020).

2. Libertad de culto

En relación al concepto de libertad religiosa, se hace referencia a un plano social que se encuentra contenido dentro de esta libertad, se trata de la libertad de culto, que además se encuentra acompañada de la “libertad de expresión, de reunión, de asociación, de enseñanza, y tantas otras.”¹⁵⁷, más las agregadas por la Sala Constitucional, como lo son “la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, (...) y los derechos de las comunidades religiosas”¹⁵⁸ englobadas, como se dijo, dentro de la libertad religiosa.

Su definición conceptual podría entenderse como “la manifestación externa de la libertad religiosa y que comprende el derecho a mantener lugares de culto y practicar el mismo dentro y fuera de tal recinto, siempre que tal práctica esté sujeta a las limitaciones establecidas.”¹⁵⁹ Es decir, se trata de la libertad del sujeto de expresar su religiosidad, ya no solo en su esfera interna, sino que públicamente y, eventualmente, en conjunto con terceras personas, “primordialmente rituales, en homenaje a la divinidad, que posee toda confesión religiosa, sujetas, como tales manifestaciones, a las limitaciones de no afectar los derechos de los terceros”¹⁶⁰ tal y como se indicó en la subsección anterior.

Así lo ha reiterado el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a la exteriorización de estos derechos, donde agrega que:

“La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse "individual o colectivamente, tanto en público como en privado". La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades (...) La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de

¹⁵⁷ Gabriel González Merlano, *Ibidem*, p.1.

¹⁵⁸ Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, citada por Luis Francisco Cervantes G, p. 133, *ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Gabriel González Merlano, *Ibidem*.

establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos.”¹⁶¹

En ese sentido, se desprende de la sección que la libertad religiosa no es solo el derecho a identificarse o no con una religión, sino que incluye manifestaciones externas que, a su vez, se vinculan con un gran conglomerado de acciones que deben ser respetadas y protegidas por el ente Estatal, mientras estas no afecten el goce de los derechos de terceras personas.

¹⁶¹ Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; 1993, Párr.4, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN22 (consultada el 15 de enero de 2018).

Sección D: Tratamiento normativo conjunto de las libertades de pensamiento, conciencia y religión

Así pues, determinado conceptualmente cada derecho en las secciones anteriores y, a pesar de que tutelan bienes jurídicos diferentes, por la interrelación que existe entre éstos la triada de derechos fue incorporada de forma conjunta en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. A continuación se detalla la normativa universal, interamericana y nacional de Costa Rica que tutela cada una de estas libertades:

1. En instrumentos universales de protección de los derechos humanos

DUDH:

“Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”¹⁶²

A partir de la DUDH surgen los siguientes instrumentos de aplicación obligatoria, acordados entre los Estados miembros de la ONU.

PIDCP:

“Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

¹⁶² Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, Art. 18, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=FN (último acceso: 5 de mayo de 2017).

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”¹⁶³

CDN:

“Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”¹⁶⁴

2. En instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Por su parte, el SIDH, ha desarrollado normativa que refuerza la tutela universal de los derechos de pensamiento, conciencia y religión; a saber:

DADDH:

“Artículo 3 - Derecho de libertad religiosa y de culto

Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.”¹⁶⁵

A partir de esta Declaración, se da el surgimiento de instrumentos exigibles, en el marco de trabajo conjunto con la Organización de Estados Americanos (“OEA”, en adelante). El instrumento que aborda el derecho de pensamiento, conciencia y religión indica:

CADH:

“Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

¹⁶³ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 16 de diciembre de 1966”, Art.18, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=0&strTipM=FN (consultada el 20 de octubre de 2017).

¹⁶⁴ Ibidem, Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989, Art. 14, Sinalevi:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (último acceso: 15 de mayo de 2018).

¹⁶⁵ Organización de los Estados Americanos, «OEA.», Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, 30 de abril de 1948, Art. 3, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15384&nValor3=16492&strTipM=FN (último acceso: 5 de mayo del 2019).

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”¹⁶⁶

3. En la legislación costarricense

Finalmente, en el ámbito nacional para el caso de Costa Rica, la protección de la triada de derechos es posible encontrarla en su Carta Magna, pero con menor intensidad, en comparación con la legislación internacional y también, en la ley ordinaria:

Constitución Política de la República de Costa Rica:

“ARTÍCULO 75.- La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.”

Código de la Niñez y Adolescencia

“Artículo 14º- Derecho a la libertad. Las personas menores de edad tendrán derecho a la libertad. Este derecho comprende la posibilidad de:

a) Tener sus propias ideas, creencias y culto religioso y ejercerlo bajo la orientación de sus padres o encargados, según la evolución de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico.

b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; también como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.”¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ibidem, «OEA.», *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, Art. 12, Sitio web: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (último acceso: 5 de mayo de 2019).

¹⁶⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Ley No. 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia*, 6 de febrero de 1998, Art. 14, Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43077&nValor3=0&strTipM=TC (último acceso: 5 de mayo de 2019).

De esta forma, en siete artículos se esbozan en los niveles universal, regional y local las consideraciones jurídicas necesarias para que Costa Rica garantice en su territorio que el accionar del sujeto bajo esta triada de libertades se encuentre tutelado de forma integral y, en caso de que existan violaciones a estos derechos en el ámbito nacional, el mecanismo jurisdiccional interamericano actúe.

Sección E: Pensamiento, conciencia y religión como libertades diferentes y relacionadas

En definitiva, para esta investigación, se comprenderá el pensamiento, la conciencia y la religión como derechos que tutelan bienes jurídicos independientes unos de los otros, pero interrelacionados, como derechos humanos que son, en razón de la consistente relación entre el pensamiento, la conciencia y la religión, así como los términos asociados a estos derechos tales como: las ideas de verdad, ética, moral y fe.

Es probable que haya sido a partir de este razonamiento que se les otorgó un tratamiento normativo en conjunto por parte de los instrumentos normativos tanto nacionales, como internacionales; sin embargo, a pesar de su ligamen, e incluso, la coincidencia en la indeterminación jurídica de los términos asociados (verdad, ética, moral y fe) no es justificante para omitir que existen diferencias entre ellos. Por ello, del capítulo se desprende una asociación de bienes jurídicos diferentes entre cada una de esas libertades

1. Bienes jurídicos tutelados

Mientras que para la libertad de pensamiento debe tutelarse la libre generación de cualquier tipo de ideas, consideraciones u concepciones en el pensamiento humano respecto a cualquier asunto y se asocia con la libertad de expresión; para la libertad de conciencia lo que debe tutelarse es el juicio, dictámen o decisión desde el libre pensamiento moral, ético, religiosos o filosófico del ser humano para una actuación conforme a ello, a través de la objeción de conciencia; y, por otra parte, la libertad de religión, tutela la libertad para que el ser humano se identifique con cualquier credo religioso o con ninguno y pueda realizar las manifestaciones atinentes a su credo.

En otras palabras, en cuanto a la esfera interna, las diferencias entre la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad de conciencia es que la primera incluye la generación de ideas de todo tipo, tanto religiosas, como laicas; la segunda se relaciona directamente con la libertad de identificarse con credos religiosos o con ninguno y poder manifestarlos libremente; y la tercera, abarca las convicciones desde la moral, la ética o la religión que rigen el actuar del ser humano.

En conclusión, el bien jurídico que tutela cada una de estas libertades es distinto entre ellos, sin ignorar su interrelación. Así las cosas, el derecho a la libertad de pensamiento tiene como objeto el ideario; la libertad religiosa, tiene como objeto el credo religioso; y la libertad de conciencia, tiene como objeto las convicciones que rigen el actuar.

2. Limitaciones y vulneraciones al bien jurídico

Esta triada siempre estará sujeta a las limitaciones prescritas por la ley, donde la libertad de expresión podría ser penada; la objeción de conciencia, puede sufrir excepciones y la libertad de manifestar la religión deberá respetar los parámetros del derecho. Como justificación debe existir un fin destinado al bien común, sea en cuanto a la seguridad, el orden, la salud, la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de las demás personas.

O bien, por otro lado, la forma en que estas libertades pueden verse vulneradas, en síntesis, pudiendo dejar algunas otras consideraciones por fuera, consisten en: respecto a la libertad de pensamiento, en el adoctrinamiento y la censura que impidan un libre pensamiento y expresión; en cuanto a la libertad religiosa, la imposición de una única religión, la prohibición de pertenecer a otras religiones o el impedimento de la práctica religiosa; y en lo que refiere a la libertad de conciencia, la obligación de obedecer las disposiciones de las autoridades que vayan en contra de las convicciones.

La persona, como ser social y ciudadana del mundo, expuesta a la globalización, la revolución tecnológica, el contacto internacional y demás acontecimientos globales que favorecen a la interculturalidad; estimula a que se provoque una mayor diversificación religiosa, ideológica y cultural que, necesariamente, provocará un impacto a nivel jurídico como respuesta del cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado frente a los organismos internacionales para el respeto de los derechos humanos de las minorías y diversidades, como lo es en el caso de Costa Rica.

Lo que quiere decir que las personas encargadas de legislar y juzgar deben estar preparadas para realizar los ejercicios jurídicos donde se respete el derecho de las minorías, de las poblaciones vulnerables, como lo son las mujeres y la niñez, y de las diversidades, sin causar violaciones de derechos irreparables para otros actores de la sociedad.

CAPÍTULO III. El derecho preferente a escoger el tipo de educación de los hijos, hijas y representados/as.

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”¹⁶⁸ (el subrayado es propio)

La DUDH marcó un antes y un después en la historia de los derechos humanos, este importante documento constituye un referente de trascendencia internacional para la elaboración de otros instrumentos destinados a la protección de los derechos de los habitantes de un país o de toda una región. En ella se reconoció al ser humano como libre y con igualdad de derechos sin importar su nacionalidad, edad, sexo, religión, raza, preferencia sexual, etc.

A pesar de que la DUDH, por su naturaleza, era un instrumento declarativo que no poseía para los países declarantes un carácter jurídico vinculante, no deja de ser el principal instrumento internacional base para el respeto de los Estados por el cumplimiento de los derechos humanos.

Los principios establecidos en la Declaración son una base sobre la cual se han inspirado y establecido, desde pactos internacionales, hasta constituciones y leyes nacionales, por ello, es posible que pueda invocarse frente a las jurisdicciones nacionales y regionales para que funcione como una brújula para el juzgador/a al momento de dictar una sentencia.

Pero, ¿por qué se indica que hay un derecho “preferente”? ¿será que en la Declaración hay derechos que tienen preferencia por sobre otros? ¿qué impacto y cómo se reflejó esta

¹⁶⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, Art. 26, Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=FN (último acceso: 19 de mayo de 2019).

disposición en los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos? En este capítulo se procederá a establecer una tesis sobre la posible respuesta a la interrogante, específicamente en el caso del derecho preferente de los padres, madres o encargados/as de elegir la educación de sus hijos, de conformidad con los principios que rigen el derecho, la doctrina y la jurisprudencia.

Sección A: El “derecho preferente” en la doctrina

El término “derecho preferente” ha sido tradicionalmente utilizado en el ámbito del derecho privado, específicamente en la legislación que regula las sociedades mercantiles; sin embargo, el término no está vinculado con lo que, al parecer, la DUDH quiso dar a entender.

El desarrollo doctrinal del concepto es escaso, por ello, responder si el término significa una facultad absoluta o si, al contrario, tiene límites, no es fácil. Además, no se tiene claro si constituye una libertad, o si, más bien, se trata de garantizar el derecho de una de las dos figuras jurídicas que interfieren, sea la patria potestad, en el caso de los padres, madres y tutores; o derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1. Posibles antecedentes históricos

El derecho data de épocas antiguas de la historia y, como ciencia social, ha evolucionado conforme al paso del tiempo hasta lo que actualmente conocemos, procurando regular la conducta social y otorgar a cada quien lo que le corresponde de forma justa. Sin embargo, a pesar de su proceso evolutivo, el derecho continúa basándose en una cultura tan antigua como la romana, conservando raíces doctrinales que respondían a ideas androcéntricas y adultocéntricas.

Estas raíces aún sostienen normas y figuras en materia del derecho de familia, una de ellas es la figura de la autoridad parental, llamada patria potestad anteriormente y que surge producto de la evolución de la patria potestas romana. La figura de la autoridad parental es proveniente del derecho romano y regula la relación entre los padres, madres o representantes legales con respecto a las personas menores de edad a su cargo frente al Estado.

En la antigua Roma, la ley le otorgaba al pater (padre), persona de sexo masculino y más anciano en la estructura familiar, potestades por sobre las mujeres, sean esposas, hermanas u otras; y por sobre los hijos, hijas y demás descendientes de forma vitalicia, incluyendo a hijos e hijas adoptadas. Estas potestades tenían un carácter absoluto e ilimitado y consistían en “el ius vitae et necis (poder de vida o muerte sobre sus descendientes), el ius exponendi (derecho de abandonar a sus hijos recién nacidos), el ius vendendi (derecho de venderlos) y el ius noxae dandi (derecho de entregarlos a otro pater para liberarse por los actos ilícitos cometidos por el hijo/a)”.¹⁶⁹

La patria potestas se originaba con el matrimonio y se extinguía, únicamente, con la muerte del pater, por ordenarse como sacerdote o por emancipación, es decir, que la forma en que la figura jurídica surgía, era a partir de la creación de un clan familiar, a través del matrimonio. Este clan era una unidad jurídica autónoma que contaba con su propia forma de gobernación, con el padre a la cabeza.

Estas disposiciones fueron consignadas en la Ley de las XII Tablas, que era el instrumento normativo que regulaba el accionar en Roma; es en ella donde se originan legalmente los poderes de la patria potestad y se refuerza legalmente al hombre como propietario, tanto de objetos como de personas, a raíz del poder político que le es otorgado como líder de familia.

A partir de ello, es posible afirmar que la familia era establecida bajo una organización y estructura patriarcal legalmente definida. Es decir, en Roma, la figura de la patria potestad no constituía una forma de tutela de los niños, niñas y adolescentes, en busca del cumplimiento del interés superior del niño/a, sino que más bien significaba ser propietario de la persona como un bien mercantil.

Así las cosas, la figura da inicio al establecimiento, tanto de los deberes, pero principalmente, de los derechos de los padres, madres y tutores/as sobre los hijos e hijas; así como el origen de la figura de la familia como eje central de la sociedad, tal y como lo establece la CP actualmente.

¹⁶⁹ Paola Zini Haramboure, 2015, p. 342, De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Las disposiciones legales impuestas en Roma fueron la base para la definición del derecho y la legislación actual, su influencia continúa estando presente en códigos y reglamentos, especialmente en materia civil, pero sin dejar de lado otras materias como la de familia e incluso, influyendo, en cuestiones de derechos humanos.

Actualmente la figura de la patria potestas ha evolucionado a lo que se conoce como autoridad parental, la cual apunta por la garantía del interés superior del niño/a, sin embargo, no significa que la figura no contenga vestigios de la Roma antigua donde los y las hijas eran un mero objeto de propiedad.

2. La patria potestad

En la Roma imperial el pater familias poseía facultades absolutas y despóticas que abarcaban tanto a las personas, fuesen esposas, esclavos/as o hijos/as; como a los bienes que cada uno/a de estos/as poseía. Estos poderes eran otorgados socialmente por su mera condición biológica de hombre primogénito a través de la figura jurídica llamada patria potestad.

Con la evolución de la legislación, el reconocimiento de nuevos derechos, la influencia cristiana y otros acontecimientos históricos, la institución de la patria potestad se modificó en algunas de sus principales disposiciones; por ejemplo, el poder respecto a la vida y muerte de los y las descendientes fue modificado por el emperador Constantino quien dispuso considerar al pater como parricida en caso de que le quitase la vida a alguno/a de estos/as.

Así como este cambio, se realizaron muchos otros, hasta alcanzar concepciones más modernas. A pesar de ello, podría decirse que, en razón del contenido del término, se continúan arrastrando vestigios románicos, específicamente por la etimología de las palabras. Se dice que la palabra “patria” proviene del latín “*patrius-a-um*”, el cual es un término “(relativo al padre, también es relativo a los “padres” que son los antepasados) o de la expresión *terra patria* (la tierra paterna o de los antepasados)”¹⁷⁰

Por otro lado, se dice que el término potestad, proviene del latín “*potestas, potestatis*” que significa “(poder, dominio, poder legal, también posibilidad, facultad o capacidad para

¹⁷⁰ Diccionario Etimológico español en línea, *DeChile*, 2001, Sitio web: <http://etimologias.dechile.net/?patria> (último acceso: 14 de julio de 2019).

algo)”¹⁷¹; por su parte, Oxford lo define como “*Possession of control or command over persons or things, power*”¹⁷²

Entonces, podría decirse que el término denomina algo por sobre el cual una persona tenía un dominio determinado, pero posteriormente, en razón de la evolución de la figura jurídica, se incorporó formalmente dentro de sus actores jurídicos a la madre como detentora de la patria potestad, lo que dio paso a la construcción de una definición más equilibrada.

Así las cosas, en términos sencillos, la patria potestad se ha considerado como “la regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres, madres y tutores en la legislación civil y/o familiar sobre los hijos y sus bienes”¹⁷³

Otros autores como Bonnacase, involucra a otras personas como parte de una realidad latente, definiéndola como: “el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a terceras personas, respecto de los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios.”¹⁷⁴

En la misma línea de ambos, Planiol define la patria potestad como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.¹⁷⁵

El autor Víctor Pérez indica que “la patria potestad debe verse como un conjunto de situaciones jurídicas, no ya derechos sino “potestades””¹⁷⁶, al respecto, brinda una primera conceptualización diciendo que “La patria potestad es realmente “un conjunto de potestades”. (Cuidar, alimentar, educar, administrar, responder civilmente, etc.) (...) la patria potestad

¹⁷¹ Ibidem, Sitio web: <http://etimologias.dechile.net/?potestad>

¹⁷² Ibidem, p. 1593

¹⁷³ María de Montserrat Pérez Contreras, «Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México», *Derecho de familia y sucesiones*, 2010, p. 151, Documento de sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/1.pdf> (último acceso: 8 de julio de 2019).

¹⁷⁴ Julian Bonnacase, citado por María Elena Orta García, *Propuesta de modificación a la denominación y regulación de la patria potestad*, 14 de octubre de 2008, p. 2, Documento de sitio web: www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/.../PATRIA_POTESTAD.pdf (último acceso: 14 de julio de 2019).

¹⁷⁵ Marcel Planiol, citado por *ibidem*.

¹⁷⁶ Víctor Pérez Vargas, «Cijul en línea.», El contenido de la patria potestad, 21 al 24 de noviembre de 1983, p. 4, Documento de sitio web: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php> (último acceso: 10 de julio de 2019).

implica esta dualidad: se trata de conductas que se pueden realizar, pero que al mismo tiempo se deben realizar. Los padres pueden cuidar y educar a sus hijos, pero al mismo tiempo, deben hacerlo.”¹⁷⁷

No obstante, el desarrollo doctrinario e interpretativo a partir de las convenciones internacionales ha modificado el término tradicional y lo que se ha entendido por el mismo. Anteriormente, el padre era el principal actor jurídico, posteriormente se incluyó a la madre, pero es hasta hace poco tiempo cuando el derecho centra a la niñez en el centro de la escena.

3. Doctrina de la situación irregular

El reconocimiento de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes ha evolucionado a través de la historia, durante ese proceso se han incluido importantes avances a favor de la protección de éstos/as. Sin embargo, para alcanzar el desarrollo actual, los antecedentes no han sido tan favorables, tal y como se narró en las subsecciones anteriores. Tanto la normativa como la doctrina fundamentaron razonamientos jurídicos en torno a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que no se centraban en dichas personas, tal y como ocurrió en el caso de la doctrina de la situación irregular que, previo a la CDN, predominó en la materia.

La doctrina de la situación irregular dominó la determinación de situaciones jurídicas de personas menores de edad y fue constantemente utilizada en los procesos penales, la doctrina de la situación irregular era un fundamento jurídico aplicado a niños, niñas y adolescentes que se encontraban en una posición de riesgo social, quienes eventualmente podrían representar grados de “peligrosidad” para la seguridad del resto de la sociedad.

Gisela y Alejandro explican que “La doctrina de la situación irregular se aplica a los menores en situación de “riesgo o peligro moral o material”, “situación irregular” o “circunstancias especialmente difíciles.””¹⁷⁸ Los términos a los que hacen referencia, se traducen en criminalización de la pobreza, situaciones donde los niños, niñas y adolescentes han sido

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Gisela Cardozo y Alejandro Michalewicz, 2017, p. 3, «El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación.» *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* No.82.

víctimas de violencia, abandonados/as o cuando se encontraban en conflicto con la ley penal; donde éstos niños/as, “eventualmente peligrosos”, requieren una intervención autoritaria de “corrección, rehabilitación, control y subordinación”¹⁷⁹ para su adecuado desarrollo.

La doctrina de la situación irregular considera al niño/a como un objeto de tutela o protección por parte de la familia, el Estado y la sociedad, sin duda, una concepción derivada de la patria potestas del derecho romano, lo cual se traduce a una posición donde el niño/a no es considerado/a sujeto de derechos, razón por la cual se afecta la aplicación, exigencia, goce y disfrute de sus derechos mínimos.

Rodolfo Vicente considera la doctrina de la situación irregular como: “La doctrina de las dos niñeces y de las dos adolescencias. No se dirige a todos los niños, pero si a una parte de los niños que son los niños carentes, los niños abandonados, inadaptados, los niños infractores. Tampoco trata de todos los derechos; solamente de la protección y de la vigilancia. La protección para los carentes y los abandonados y la vigilancia y la represión para los inadaptados y los infractores.”¹⁸⁰

La doctrina no considera las causas por las cuales los niños, niñas y adolescentes se encuentran en tal situación de riesgo, ni propone medidas para prevenir que lleguen a tal situación. A la vez se estima a esta persona como incapaz de determinar una idea del “bien” propio y por ello debe siempre contar con una persona adulta que intervenga en las decisiones de forma vertical, irrestricta y sin límites.¹⁸¹ Así las cosas, los niños, niñas y adolescentes no tienen ninguna participación en las decisiones que le afectan, lo cual refleja una clara corriente de pensamiento adultocentrista.

4. Aproximación histórico-conceptual del término: “derecho preferente”

La DUDH ha sido el punto de partida para el reconocimiento de los derechos humanos de manera universal. Es el documento referente más importante mundialmente para guiar las

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Antonio Carlos Gomes Da Costa, Citado por: Yuri Buaiz Valera, octubre de 1995, p. 172, «IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia.» *Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina.*

¹⁸¹ Shirley Campos García, 2009, «La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia.» *Revista IIDH No. 50.*

relaciones entre las personas con respecto a los Estados, a partir de ella han surgido un sin número de pactos, convenciones, tratados y documentos que comprometen a las naciones a reconocer, garantizar y respetar derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc., que algunas personas gozan hasta el momento. Si bien la DUDH es un instrumento meramente declarativo por su naturaleza, la importancia legal, cultural y simbólica que la revista ha provocado que se le tilde de semi-vinculante.

La DUDH data del siglo veinte, específicamente del año 1948, es decir, ha tenido validez por aproximadamente setenta años, manteniéndose vigente hasta la fecha. Fue concebida en el seno de la Guerra Fría, posterior a una época histórica convulsa como lo fue la II Guerra Mundial. Para su redacción fueron necesarios dos años y quien impulsó su creación fue Eleanor Roosevelt.

En ese contexto, la sociedad y la familia eran diferentes a la actual, no es posible generalizar un único modelo de familia a nivel mundial, sin embargo compartían algunas características como: familias numerosas y estructuradas de forma patriarcal; el padre trabajaba, mientras que la madre se dedicaba a las labores del hogar y al cuidado, a excepción del período de la II Guerra Mundial donde las mujeres en los países combatientes se incorporaron en las fuerzas laborales, debido a que los hombres estaban dedicados al combate; baja escolaridad; accesos y recursos limitados; etc.

Algunas críticas que se le hacen a la DUDH es que es producto de una concepción occidental de sociedad, ya que muchas de las actuales repúblicas asiáticas y africanas eran colonias dependientes de occidente, por lo cual, no participaron en el proceso de discusiones y aprobación; además, se considera que es necesaria una actualización de la DUDH, en razón de la evolución histórica de la sociedad, la mujer, la familia, la tecnología, el medio ambiente, etc. Sin embargo, no se debe ignorar, que constituye un documento revolucionario, visionario y actual, que sirve como guía para resolver dilemas modernos.

De acuerdo con el registro de aprobación de la DUDH, el artículo veintiséis fue aprobado por unanimidad por los Estados, lo cual es reflejo de un acuerdo común a favor de la educación de las personas. Esto no quiere decir que, previo a su aprobación, no haya sido ampliamente

discutido y modificado. Ignasi Grau relata que en el borrador inicial de la Declaración Universal de Derechos Humanos realizado por el canadiense Humphrey y el francés Cassin, en 1947, no figuraba el punto 3 del artículo 26. Fue en la discusión posterior con los estados y la sociedad civil, previa a la adopción de la declaración por parte de la Asamblea General, cuando la libertad de educación apareció. Esto se debió a los impactos que tuvo la educación durante en la Alemania dominada por los nazis, al respecto Grau indica que “su discusión estuvo fuertemente influenciada por las atrocidades nazis y por el importante efecto que tuvo la escuela alemana nazi de la época”¹⁸².

Así, pues, por un lado, el Congreso Judío Mundial propuso que “la educación debía promover la tolerancia, el entendimiento y el respeto a los derechos humanos por razones más que obvias. Siendo esta propuesta el germen de la educación en derechos humanos”¹⁸³. Por otro lado, el diplomático holandés Beaufort pidió a la Comisión la inclusión de la libertad de enseñanza en razón del “devastador efecto que tuvo el monopolio educativo estatal nazi y la consecuente socavación de los derechos parentales”¹⁸⁴.

Es entonces que el “derecho proferente” a elegir el tipo de educación que ha de dárseles a los hijos e hijas nace en el contexto como un mecanismo de control parental frente a los posibles abusos o excesos en el uso del poder del Estado que, eventualmente, podían confrontar con los derechos parentales los cuales, se concebían en la época desde una visión jerárquica, vertical y adultocéntrica, donde no hay participación de la niñez, es decir donde impera la teoría de la situación irregular, propia de la patria potestad.

Actualmente, según lo investigado, no existe en la doctrina el desarrollo de una definición que conceptualice propiamente el significado de un “derecho preferente” en poder de las personas adultas, cuando de derechos humanos se trata.

¹⁸² Ignasi Grau, OIDEI, 15 de diciembre de 2015, Sitio web: https://oidel.wordpress.com/2015/12/15/sobre-como-se-llego-a-los-padres-tendran-derecho-preferente-a-escoger-el-tipo-de-educacion-que-habra-de-darse-a-sus-hijos/#_ftn1 (último acceso: 24 de agosto de 2019).

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Ibidem.

Sección B: El “derecho preferente” en la normativa

El desarrollo del derecho preferente de los padres, madres y tutores de poder elegir el tipo de educación que recibirán sus representados tiene su raíz en la DUDH, a partir de ella, los demás instrumentos del SUPDH expanden su significado real y, a su vez, este término se adopta en la normativa interna de los países. En el caso de la región de América Latina, países como Chile han incluido el término en el nivel constitucional.

Y es que la norma no puede verse de forma aislada, sino que la misma se complementa para dar sentido al derecho. Así las cosas, véase cómo se ha desarrollado el artículo 26, inciso 3, de la DUDH, a través de la normativa nacional e internacional.

1. Instrumentos universales de protección de los derechos humanos

El artículo veintiséis de la DUDH, además de declarar sobre aspectos de forma respecto al acceso a la educación, tales como la gratuidad, obligatoriedad, generalidad, igualdad, etc.; también lo hace sobre aspectos más del sustrato o fondo del derecho como los es el objeto, dirección y propósito; ambos elementos le dan un marco general de acción a los Estados, quienes se encargarán de legislar en la materia.

Al respecto, véase en el siguiente cuadro artículos atinentes al derecho a la educación donde, en conjunto, además de declarar, los Estados Miembros acuerdan pactar de forma expresa y vinculante sobre el tema de acceso y objeto del derecho a la educación a través de dos pactos: el PIDESC y el PIDCP. Ambos instrumentos son de acatamiento obligatorio y cuentan con un comité encargado de dar seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Aspectos de forma	
Artículo 26	Artículo 13
<u>Inciso 1.</u> “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción	<u>Inciso 2.</u> “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

<p>técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.”</p>	<p>a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;</p> <p>b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;</p> <p>e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.”</p>
<p>Aspectos de fondo</p>	
<p><u>Inciso 2.</u> “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”</p>	<p><u>Inciso 1.</u> “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.”</p>

Y, como tercer supuesto, el artículo realiza un desarrollo alrededor de la función de los padres, lo cual, también ha generado impacto en la legislación internacional y la nacional. En él, se les otorga a los padres, según la DUDH (entiéndase al respecto, madre, padre y tutores/as), potestades de decisión sobre la educación de las niñas, niños y adolescentes a su cargo, lo cual se entiende como “libertad de educación”. En cuanto a ello, véase el siguiente cuadro:

Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Artículo 26	Artículo 13	Artículo 18
<u>Inciso 3.</u> “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”	<u>Inciso 3.</u> “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”	<u>Inciso 4.</u> “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Al parecer, los Pactos circunscribieron el “derecho preferente” de los padres, madres y encargados consignado en la DUDH, en torno a la libertad de elección del centro educativo y en materia de educación religiosa o moral, para que estén por encima de las disposiciones estatales en esta materia. Así las cosas, el Comité DESC, interpretó lo que establece el inciso 3, del artículo 13 del PIDESC, indicando sobre el derecho a la libertad de enseñanza, lo siguiente:

“El párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus

propias convicciones{§99}. En opinión del Comité, este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.

El segundo elemento del párrafo 3 del artículo 13 es la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, "siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe". Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del artículo 13, que afirma "la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza", siempre que satisfagan los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13 y determinadas normas mínimas. Estas normas mínimas pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados. Las normas mínimas, a su vez, han de respetar los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13."¹⁸⁵

En resumen, respecto a la libertad de elección del centro educativo indicó que debe cumplir las premisas de no discriminación, pleno desarrollo de la personalidad humana, dignidad, respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; participación, comprensión, tolerancia y amistad entre todas las naciones, grupos raciales, étnicos o religiosos, y el mantenimiento de la paz. Y, en cuanto a la educación religiosa o moral debe dirigirse a respetar la libertad de opinión, de conciencia y de expresión.

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos, encargado de interpretar el PIDCP indicó, respecto al inciso cuatro del artículo dieciocho, argumentos coincidentes con los supra citados:

“El Comité opina que el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que

¹⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No 13: Derecho a la educación, 1999, párr. 28-29, Sitio web: <https://www.right-to-education.org/es/resource/observaciones-generales-13-el-derecho-la-educacion-art-culo-13> (último acceso: 26 de agosto de 2019).

se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.”¹⁸⁶

Sin embargo, a pesar de las dos interpretaciones realizadas por los respectivos comités encargados del PIDESC como del PIDCP, ninguno de los dos abordó específicamente lo relativo al significado de lo que la DUDH quiso decir cuando consignó la frase “derecho preferente” lo que, de igual forma, no les correspondía. Más podría decirse que, ambos pactos, como instrumentos vinculantes derivados de la DUDH que son, circunscribieron el término a: la educación religiosa y moral conforme a sus convicciones y a la libertad de elección de centros educativos, siempre y cuando respeten lo ya indicado.

Tal vez, la potestad preferente otorgada por la DUDH a las personas encargadas legales de los niños, niñas y adolescentes fue una respuesta a la influencia nazi en la educación; pero no deja de lado la posibilidad de que haya sido influenciada por la tradicional concepción de patria potestad y de la aplicación de la doctrina de la situación irregular, que imperó durante décadas, hasta 1989 aproximadamente, según se abordó en subsecciones anteriores.

2. Instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos

Respecto a la normativa interamericana de protección de derechos humanos, en 1948, además de acordar la creación de la OEA con la firma de la Carta de la OEA, también se emite la DADDH, la cual, según la jurisprudencia de la Corte IDH, constituye una fuente de obligaciones internacionales para todos los Estados miembros, a pesar de su naturaleza declarativa, debido a que su cumplimiento es un requisito para formar parte de dicha organización. La DADDH brinda principios sobre los deberes de padres y madres para con sus hijos e hijas, y es a partir de ella desde donde se origina la CADH, con una naturaleza vinculante para las partes que la ratifican.

La CADH indica, sobre la libertad de conciencia y religión, que los padres, o bien las personas encargadas de la tutoría legal de niños, niñas y adolescentes, tiene el derecho de hacer que la educación religiosa y moral que reciben los niños, niñas y adolescentes esté en

¹⁸⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 1993, párr. 6, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN22 (último acceso: 28 de agosto de 2019).

acuerdo con sus convicciones propias, así lo indica el artículo 12, inciso 4, a saber: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”¹⁸⁷

El tratamiento realizado por la CADH en torno al derecho a la libertad de enseñanza no se enmarca dentro un estatus de “preferencia”, como sí lo hizo la DUDH, sin embargo, es un tratamiento igual o similar, en cuanto a que lo constituye como un derecho de decisión sobre la educación de los niños, niñas y adolescentes como sus representantes.

Por otra parte, de forma complementaria a la CADH, el Protocolo de San Salvador que la acompaña como mecanismo de justiciabilidad, desarrolla, de una forma más apropiada y detallada, las condiciones a las que se debe someter esta libertad educativa de padres, madres y tutores. En esta ocasión no se hace alusión específica de la educación religiosa y moral, sino que abarca la educación en general, dejando en claro que “4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.”¹⁸⁸ Es decir, mientras se adecue al propósito que le da el Protocolo de San Salvador a la educación, indicado en los incisos previos. Seguidamente, indica “5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.”¹⁸⁹

Es decir, el Protocolo de San Salvador especifica que, si bien se trata de una libertad de particulares (libertades públicas e individuales), la misma siempre deberá atender la normativa país aplicable.

Actualmente, no existe jurisprudencia de la Corte IDH tendiente a interpretar lo que comprenden estos artículos, únicamente se han desarrollado Opiniones Consultivas

¹⁸⁷ Organización de Estados Americanos, «OEA.», *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, Art. 12, Sitio web: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (último acceso: 9 de enero de 2021).

¹⁸⁸ Ibidem, Protocolo de San Salvador, 17 de noviembre de 1988, Art. 13, Sitio web: <https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> (último acceso: 2 de marzo de 2021).

¹⁸⁹ Ibidem.

relacionadas con la libertad religiosa durante los estados de excepción y suspensión de garantías. Sin embargo, no se ha dictaminado si oficialmente esta norma puede aplicarse en el caso de la ESI como parte de la educación formal.

3. Normativa costarricense

En el caso particular de Costa Rica, existe una normativa de rango constitucional sobre el derecho a la educación, así como una normativa interna que se encarga de ampliar sus pormenores. De igual forma, existe normativa destinada a regular la relación entre las personas menores de edad y quienes ejercen la autoridad parental o bien, su tutela. Esta normativa alcanza un punto de encuentro entre estas dos cuestiones, a saber, educación y autoridad parental.

Inicialmente, el artículo 140 del Código de Familia habla sobre las competencias generales de quien ejerce la autoridad parental: “Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.”¹⁹⁰

Posteriormente, se especifica en el artículo 143 los derechos y obligaciones de la autoridad parental, entre los cuales se incluye la educación: “La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad.”¹⁹¹ Sin embargo, en estos artículos y en el Código citado, en general, no se hace ninguna salvedad específica destinada a regular la corresponsabilidad de los padres, madres y tutores en el ámbito de la educación con respecto a la autoridad estatal que se encarga de facilitar la educación institucionalizada.

Otras disposiciones relacionadas con el derecho a la educación en Costa Rica que se aproximan a una regulación entre el derecho/obligación a educar de los padres, madres y

¹⁹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley No. 5476 Código de Familia, 5 de agosto de 1984, Art. 140, Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=FN (último acceso: 16 de octubre de 2019).

¹⁹¹ Ibidem, Art. 143.

tutores y la obligación estatal de educar, son las establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, por ejemplo, el artículo 7, toca especificaciones sobre el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, donde dice que:

“La obligación de procurar el desarrollo integral de la persona menor de edad les corresponde, en forma primordial, a los padres o encargados. Las instituciones integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, regulado en el título IV de este Código, garantizarán el respeto por el interés superior de estas personas en toda decisión pública o privada. La Defensoría de los Habitantes de la República velará por el cumplimiento efectivo de estas obligaciones.”¹⁹²

Dentro de esta importante disposición, se extrae que, en primer lugar, los padres y encargados y por otra parte el Estado, a través de sus instituciones, donde se incluye al MEP, deberán velar por el interés superior del niño/a, su desarrollo integral y su especial protección.

En esa misma línea, el artículo 20 del mismo texto, aborda el derecho a la información como un derecho que tiene una estrecha relación con la educación y donde, de igual forma, se le otorga su espacio y autoridad a quienes están encargados de las personas menores de edad:

“Las personas menores de edad tendrán el derecho de obtener la información, sin importar su fuente y modo de expresión, en especial la que promueva su bienestar social, espiritual y emocional, así como su salud física y mental.

El ejercicio de este derecho deberá ejecutarse de manera responsable y bajo la orientación de los padres, representantes o educadores.”¹⁹³

Este espacio de corresponsabilidad de deberes y derechos de las personas tutoras legales junto con el Estado fue consolidado en el Código de la Niñez y Adolescencia con más especificidad. Incluso, la Defensoría de los Habitantes ha reiterado que la familia es el espacio de primera instancia de socialización y cumple una función primordial en el proceso de educación y formación, particularmente en cuanto al derecho de la niñez y adolescencia de recibir educación integral en el tema de la sexualidad humana; e indica que “posteriormente, el sistema educativo asume una función subsidiaria -de la responsabilidad

¹⁹² Ibidem, Ley No. 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia, 6 de febrero de 1998, Art. 7, Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43077&nValor3=0&strTipM=TC (último acceso: 5 de mayo de 2019).

¹⁹³ Ibidem, Art. 20.

que tienen los padres, madres o adultos encargados- de asistencia y complemento de dicha tarea”.¹⁹⁴

En conclusión, Costa Rica cuenta con una responsabilidad, adquirida por medio de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y de la ley interna emitida, de educar a las niñas, niños y adolescentes, pero también y primordialmente, de respetar, en primera instancia, el deber de participar y responsabilizarse de forma activa en el proceso educativo de los padres, madres y tutores. En ese sentido, podría interpretarse, que el “derecho preferente” en Costa Rica, ha sido entendido como más como un derecho-deber de primera instancia que poseen quienes ejercen la autoridad parental o tutoría y no como un privilegio que el Estado no puede intervenir, sobre todo porque el Estado, a través de sus instituciones debe velar porque se garantice el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

4. Normativa comparada

Podría decirse que los pactos internacionales han abordado el “derecho preferente” a elegir el tipo de educación por parte de padres, madres y tutores, indicado en la DUDH, en torno a respetar la libertad de elegir el centro educativo y la educación religiosa y moral conforme a sus convicciones, pero para el caso chileno, el término va más allá. Chile incluye en su normativa que se trata de una prioridad, primacía o preferencia, más no una exclusividad.

Como se indicó, el desarrollo normativo internacional del PIDESC y del PIDCP permeó también en la normativa interna de los países firmantes, sin embargo, Chile adoptó de forma literal el término “derecho preferente” de la DUDH, específicamente, en la sección que corresponde a los derechos y deberes de su CP. En el texto se asegura el derecho a la educación con el objetivo de lograr un “pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”¹⁹⁵ y, a su vez, se indica que “Los padres tienen el derecho preferente y el deber

¹⁹⁴ Gabriela Arguedas Ramírez y otros, *El derecho humano a la educación para la afectividad y la sexualidad integral: contribuciones para una reforma educativa necesaria*, Editado por Vernor Muñoz y Carmen Ulate, Heredia, Costa Rica: Universidad Nacional de Costa Rica, 2012, p. 104.

¹⁹⁵ Ministerio del Interior, «Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.» *Decreto 1150: Texto de la Constitución Política de la República de Chile*, 24 de octubre de 1980, art. 19, inciso 10, Documento de sitio web: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf. (último acceso: 15 de octubre de 2019).

de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.”¹⁹⁶

Chile es el único país de la región que adoptó de forma literal el término “derecho preferente” en su legislación, es por esta razón que doctrinarios/as han tenido que analizar el contenido del término desde el derecho.

En el contexto chileno, el autor Flores Rivas intenta dar una concepción de los que puede significar un derecho preferente en la educación, diciendo que: “tiene primacía sobre el derecho del Estado de educar a los ciudadanos en orden al bien común y, por ende, es superior al derecho de los ciudadanos emanado de la libertad de enseñanza. En efecto, es una preferencia de la cual gozan los padres en relación con toda la comunidad nacional, incluyendo a los grupos intermedios y el Estado.”¹⁹⁷

Esta concepción permite interpretar que, si bien los padres, madres y tutores/as tienen una preferencia en cuanto a la educación de las personas menores de edad, esta preferencia no excluye de responsabilidad al Estado.

La educación ha sido un derecho históricamente conquistado, muchos de los gobiernos del mundo han adquirido importantes compromisos en pro de este derecho convirtiéndose en una de las obligaciones básicas por las cuales los Estados deben velar. A pesar de ello, es posible que se den escenarios con situaciones de extremismo y abusos Estatales, por ello, se dice que el propósito que tiene esta disposición de dar preferencia a la relación filial es que “intenta evitar el peligro de totalitarismo que podría existir en condiciones de monopolio estatal de la educación. Pero la elección parental no es exclusiva sino prioritaria.”¹⁹⁸

Así las cosas, asumir que el derecho preferente de los padres implica que la potestad legal parental para elegir el tipo de educación de los niños, niñas y adolescentes es un espacio en

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Juan Carlos Flores Rivas, «Derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno.», Estudios constitucionales, 2014, Vol. 12, No. 2, p. 13, Scielo: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000200005&script=sci_arttext.

¹⁹⁸ Ramón Alcoberro, «Filosofía i pensament.», Comentarios al articulado de la Declaración Universal de Derechos Humanos, s.f., Sitio web: <http://www.alcoberro.info/comentarios-al-articulado-de-la-declaraci%C3%B3n-universal-de-derechos-humanos.html> (último acceso: 18 de agosto de 2019).

el cual el Estado no tiene injerencia, contraviene las obligaciones propias de protección a las cuales el Estado está obligado, sobre todo en lo que a la tutela del interés superior del niño/a respecta.

Sección C: El “derecho preferente” en la jurisprudencia

La jurisprudencia, como fuente del ordenamiento jurídico, así catalogada por la legislación costarricense, es el mecanismo para la interpretación, integración y delimitación del ordenamiento jurídico escrito. En lo referente al derecho a la educación, los tribunales costarricenses han emitido criterio, sobre todo, en cuanto al acceso a la educación, donde se incluye infraestructura, disponibilidad del servicio, adaptación, etc., pero también se ha referido al tema de la ESI.

Al igual que en Costa Rica, en países como Ecuador y Colombia las altas cortes constitucionales han tenido que deliberar, específicamente, en torno al término “derecho preferente” de padres, madres y tutores/as, respecto a la educación en sexualidad de las niñas, niños y adolescentes. Entre los argumentos, se ha alegado el derecho preferente de los/as tutores/as legales para elegir el tipo de educación, derecho a consulta previa, así como el derecho de los/as estudiantes de recibir o no esta teoría.

A continuación, se abordará la interpretación de cortes constitucionales que han abordado el tema en la región latinoamericana como lo son Ecuador y Colombia, y finalmente, se analizará el caso de Costa Rica con la sentencia del año 2012 que posibilitó un mecanismo para eximir a los/as estudiantes de recibir ESI en los centros educativos de secundaria.

1. El caso de Ecuador

En Ecuador, el debate surge a partir de la emisión del Plan Nacional de Prevención de Embarazo en Adolescentes, promulgado en el año 2010 con el objetivo de “contribuir a disminuir el embarazo en adolescentes mediante el fortalecimiento institucional de los servicios de salud, educación y protección social, en un marco de coordinación interinstitucional e intersectorial con activa participación de la sociedad civil”¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Ministerio de Salud y otros, Plan Nacional de Prevención del Embarazo en Adolescentes en Ecuador, 2010, p. 14, Documento de sitio web:
[http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Plan%20de%20prevenci%C3%B3n%20del%20embarazo%20en%20a%20adolescentes%20\(Ecuador\).pdf](http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Plan%20de%20prevenci%C3%B3n%20del%20embarazo%20en%20a%20adolescentes%20(Ecuador).pdf) (último acceso: 8 de septiembre de 2019).

Para el año 2011, el accionante presentó una acción de protección en contra de la campaña para prevenir el embarazo adolescente que impulsaba el Ministerio de Salud Pública, donde se incluía la entrega de preservativos a adolescentes, especialmente al grupo etario de doce a catorce años.

El demandante alegó que se omitió “tener el punto de vista de los padres antes de iniciar tal campaña, y por lo tanto, está menoscabando su deber constitucional de educar a sus hijos e hijas”²⁰⁰, lo cual contraviene los artículos constitucionales número 83, inciso 16, sobre el deber y responsabilidad de “asistir, alimentar, educar y cuidar”²⁰¹; 69, inciso 1, sobre la protección de los derechos de las personas integrantes de la familia donde se promueve “la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas”²⁰²; y 85, inciso 2, sobre las políticas públicas donde “cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas (...) vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto”²⁰³.

El Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha rechazó la acción de protección con tres argumentos: a) el Plan Nacional de Prevención del Embarazo en Adolescentes no es ilegal o inconstitucional debido a que busca garantizar el derecho a la salud; b) no se ha determinado un daño real con la implementación del Plan, sino que más bien, se busca proteger la salud de manera integral; y c) la educación sexual también es un deber y obligación del Estado.

Estos argumentos sirvieron de base para que la Corte Constitucional, a través de la Sala de Revisión emitiera jurisprudencia vinculante, con carácter erga omnes, respondiendo las siguientes interrogantes generadoras: “1.- ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las

²⁰⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 003-18-PJO-CC, 27 de junio de 2018, párr. 9, Sitio web: http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/003-18-PJO-CC/REL_SENTENCIA_003-18-PJO-CC.pdf (último acceso: 8 de septiembre de 2019).

²⁰¹ Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ecuador, 2008, art. 83 inciso 16.

²⁰² Ibidem, art. 69, inciso 1.

²⁰³ Ibidem, art. 85, inciso 2.

adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos? 2.- ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un “salvador externo” como el Estado?”²⁰⁴

Inicialmente, se realiza una consideración sobre la persona adolescente de conformidad con lo dicho por la OMS. Adolescente es la persona entre diez y diecinueve años; la juventud comprende entre quince y veinticuatro años; y la niñez, según la CDN, comprende entre cero a dieciocho años.

Respecto a la primera pregunta, sobre los alcances y límites de intervención de los padres, madres y tutores, se analiza el principio de autonomía de la persona sobre su cuerpo como la potestad de cada quien, de tomar libremente las decisiones sobre el mismo. Este principio, se dice, es el que da fundamento a los derechos sexuales y reproductivos de la persona y corresponde al Estado, como parte de sus compromisos internacionales, dotar a las personas de la información necesaria para que puedan gozarlos. En ese sentido la Corte determina en el por tanto que:

“La intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran, sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, debe encaminarse a dotarles de la guía y las herramientas necesarias y suficientes que les permitan adoptar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo tanto, corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por el Estado, la sociedad y la familia, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables.”²⁰⁵

En cuanto al cese de la autoridad tuitiva, la Corte indicó que:

“La autoridad tuitiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como un "salvador externo" que imponga medidas que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.”²⁰⁶

²⁰⁴ Corte Constitucional del Ecuador, *Ibidem*, párr. 15.

²⁰⁵ *Ibidem*, párr. 92

²⁰⁶ *Ibidem*, párr. 120

Para esta decisión, la Corte Ecuatoriana consideró que la autoridad tuitiva no es absoluta, ni ilimitada, en razón de la consideración de la niñez como sujeto de derechos y no meramente objeto como se le estipulaba en la doctrina de la situación irregular.

La Corte considera al Estado como un “salvador externo”, que interviene en favor del interés superior de los niños/as y sus derechos, entre ellos, el derecho a ser consultados, de acuerdo con los compromisos internacionales donde está obligado a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sexuales y reproductivos. Para ello, se “exige la adopción de medidas no únicamente desde el seno familiar, sino también desde la perspectiva social y estatal, pues la salud sexual y reproductiva es una cuestión de salud pública y educación, confiada no sólo a la familia, sino impuesta al Estado como garante del derecho a la salud (art. 32 C.R.), a la educación (art. 26 C.R.) y corresponsable del ejercicio pleno de los derechos de las y los adolescentes.”²⁰⁷

Este desarrollo jurisprudencial de la Corte Ecuatoriana rompe el paradigma tradicional que postula a la familia como la única fuente de la información en temas de sexualidad y reproducción. Así también, desarrolla una importante interpretación alrededor del principio de autonomía del cuerpo de las personas menores de edad para que sean ellos y ellas mismas quienes tomen las decisiones sobre su propio cuerpo, cuando se trata de estos derechos.

Sin dudas, la sentencia no se limita únicamente a resolver sobre el tema del derecho a la ESI, sino que incluye, en general, los derechos sexuales y reproductivos y sus implicaciones. Por ejemplo, en cuanto los derechos sexuales, la Corte incluye:

“la posibilidad de decidir sobre el cuerpo (autonomía del cuerpo); vivir de manera sana y placentera la sexualidad (dar, sentir y recibir placer); decidir libremente la opción sexual sin miedos, estigmas ni discriminación; ejercer la sexualidad de manera independiente a la capacidad reproductiva; el acceso a una educación afectiva y sexual integral; el acceso a información respecto de métodos seguros, eficaces y asequibles que eviten el contagio de enfermedades de transmisión sexual; la igualdad en la asunción de las consecuencias de la conducta sexual, la capacidad para asumirlas.”²⁰⁸

²⁰⁷ Ibidem, párr. 117

²⁰⁸ Ibidem, párr. 75

En cuanto a los derechos reproductivos, enlista los siguientes derechos: el acceso a servicios de salud sin discriminación y gratuitos para madres e infantes; derecho a decidir el número de hijos sin coerción; acceso a programas educativos para prevenir el VIH, el embarazo en adolescentes y otras afecciones de transmisión sexual; paternidad y maternidad responsable; acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables de regulación de fecundidad; acceso a la información; y derecho a recuperar la fertilidad cuando ha sido dañada por falta de información o tratamientos inadecuados.

Esta resolución da pie para que en adelante la Corte sostenga estos criterios jurisprudenciales en temas tan importantes, como polémicos, tal y como lo ha sido el acceso al aborto en la región latinoamericana.

2. El caso de Colombia

En Colombia la discusión sobre el tema se abordó en 1992, por medio de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad número T440/92. Los hechos por los cuales se acude a la Corte se dan a partir del accionar de una docente que, en el marco de su clase, realiza una explicación a partir de la consulta de un estudiante sobre la reproducción humana, razón por la cual es sancionada y acude a la Corte para la defensa del debido proceso. A partir de ello, en la sentencia se hace un despliegue de consideraciones respecto a la enseñanza integral de la sexualidad, específicamente, sobre el rol de los padres, madres y tutores/as.

Sobre la ESI, los jueces/as reconocen un papel preponderante de los padres, madres y tutores/as respecto de sus hijos, como una cuestión, incluso, constitucional; pero, también reconocen la conveniencia y la obligación de que la escuela coadyuve al esfuerzo de estos/a como parte de la formación integral. Al respecto, señalaron que: “Aunque lo ideal es que la educación sexual se imparta en el seno de la familia, por la cercanía y el despliegue natural de los roles paternos, los colegios están en la obligación de participar en ello, no solo para suplir la omisión irresponsable de aquéllos en el tratamiento del tema, sino porque el

comportamiento sexual es parte esencial de la conducta humana general, del cual depende el armonioso desarrollo de la personalidad”²⁰⁹

A su vez, la sentencia establece el derecho a que los padres, madres y tutores/as soliciten información sobre el contenido y métodos empleados en cursos de educación sexual, con el fin que sometan a examen si éstos concuerdan con las propias ideas y convicciones. Sin embargo, se deja en claro que “El respeto del derecho de los padres a educar no significa el derecho a eximir a los niños de dicha educación, por la simple necesidad de mantener a ultranza las propias convicciones religiosas o filosóficas.”²¹⁰

Esta acción dio pie a que en Colombia se elaborara contenido y metodología que permite impartir la educación sexual en el país, la cual, según la sentencia, debe estar disponible para la revisión de los padres, madres y tutores/as. Cabe resaltar que, a pesar de que la sentencia data de años atrás, en ella se aborda el “derecho preferente” no como una disposición radical a favor de las personas adultas responsables de las personas menores de edad, sino más bien como un derecho de “supervisión”, además se descarta la posibilidad de exceptuar a la persona menor de edad de la clase en razón de la importancia de la materia para el desarrollo de la personalidad humana. Colombia, es de los pocos países de América Latina que cuenta con normativa especial referente al tema.

3. El caso de Costa Rica

La CSJ de Costa Rica también debió resolver sobre la interpretación de lo que entiende la DUDH por “derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. La disputa surge a partir de la incorporación del Programa del MEP, implementado durante el año 2012.

Los solicitantes de amparo consideran que, por la omisión de dar participación a los padres de familia de previo a la aprobación del Programa, se generó una interferencia gubernamental con el derecho preferente de los padres de dar una educación religiosa y moral de acuerdo a

²⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, «Corte Constitucional.» *Sentencia No. T-440/92*, 2 de julio de 1992, párr. 4, Sitio web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-440-92.htm> (último acceso: 29 de septiembre de 2019).

²¹⁰ *Ibidem*, párr. 6

sus propias creencias o convicciones, de conformidad en los establecido en la CADH, artículo 12, párrafo 4; la DUDH, artículo 26, punto 3; el PIDCP, artículos 13, punto 3 y artículo 18 párrafo 4; la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, artículo 7; y la CDN, artículos 3 y 5.

El Tribunal interpreta que la posibilidad de permitir o excluir a sus hijos de recibir información religiosa y moral es lo que le da sentido al derecho de los padres, madres y tutores/as de educar según sus convicciones, eliminar esta posibilidad vacía de contenido el derecho fundamental reconocido a los padres o tutores/as en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluido el derecho preferente consignado en la DUDH.

El razonamiento se basa en el objeto del Programa, donde se consigna que, en razón de que la sexualidad tiene como misión crear vínculos, desde las dimensiones afectivas, corporales, éticas y espirituales, por ende, la educación para la afectividad y sexualidad integral incidirá en estas dimensiones de vinculación y, al tener el objeto de enseñanza relación con lo espiritual y moral, inmediatamente pasa a ser competencia exclusiva de los padres, madres y tutores/as.

“las conductas sexuales de los individuos, las cuales a menudo se hallan estrechamente relacionadas con creencias religiosas o filosóficas de las personas (...) ante el hecho de que este tipo de enseñanza forma parte del acervo moral de los educandos e incide en su escala de valores, en sus creencias y en su conciencia, los padres que consideren que el contenido de guías sexuales afecta negativamente las creencias religiosas y filosóficas que quieren para sus hijos, no tienen la obligación de soportar una invasión de parte del Estado.”²¹¹

Finalmente, el por tanto de la sentencia declara con lugar el extremo de violación a la libertad de conciencia. Si bien, el despliegue de considerandos no giró en dar una interpretación al artículo 26, inciso 6 de la DUDH en específico, sí lo trajo a colación para indicar que es un derecho fundamental justiciable que debe proteger.

²¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de inconstitucionalidad: voto No. 10456, 1 de agosto de 2012, párr. X, Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=02-007617-0007-CO&strTipM=E (último acceso: 10 de diciembre de 2017).

El derecho preferente a escoger el tipo de educación ha sido escasamente interpretado. De la jurisprudencia ecuatoriana y colombiana se recoge que la autoridad tuitiva no está por encima del interés superior del niño/a, es decir no es absoluta ni ilimitada, especialmente cuando se trata del ejercicio de potestades que vulneran o podrían vulnerar los derechos de las personas menores, sino que es más como la responsabilidad de involucrarse de forma activa en el proceso educativo sin entorpecer o cercenar el deber estatal de garantizar que se respete el interés superior del niño/a para un efectivo ejercicio de los derechos que elimine brechas históricas.

Sección D: Propuesta conceptual e interpretativa del término “derecho preferente”

La doctrina y la jurisprudencia han dado propuestas vagas sobre lo que puede significar que los padres, madres y tutores/as tengan un derecho de preferencia cuando de educación de sus hijos/as se trata, de conformidad con lo expresado en el artículo 26, inciso 3 de la DUDH. Posterior a la recopilación de lo existente alrededor del tema, esta sección brinda una propuesta conceptual y una aproximación interpretativa de lo que puede significar el derecho preferente de los padres, madres y tutores/as a elegir el tipo de educación de sus hijos/as, intentando establecer límites claros que consideren lo expresado por los pactos, las convenciones y los mecanismos de seguimiento de estos instrumentos a la luz de los principios establecidos por la doctrina de la protección integral.

Esta propuesta se construye desde un enfoque de derechos humanos que permita a niños, niñas y adolescentes alcanzar un desarrollo integral, libre de violencia y discriminación para gozar de una vida digna.

1. Doctrina de la protección integral

Dado que la definición a proponer por parte de esta investigación se dará a partir del enfoque de respeto de los derechos de la niñez y adolescencia, para su redacción, es necesario considerar lo establecido por la doctrina de la protección integral que a continuación se desarrolla.

La doctrina de la protección integral surge en el marco de la promulgación de la CDN del año 1989 y, como consecuencia, deja atrás la doctrina de la situación irregular, abordada en secciones anteriores, la cual partía de un enfoque de infancia “bajo la percepción de lástima, compasión, caridad y represión”²¹². Esta nueva perspectiva de protección integral ya se venía gestando desde finales de la década del cincuenta, especialmente con la proclamación de la

²¹² Yuri Emilio Buaiz V, *La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*, 2003, p. 2, Documento de sitio web: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf (último acceso: 11 de noviembre de 2020).

Declaración de Derechos del Niño, sin embargo, al no ser un instrumento con fuerza vinculante, su materialización en la normativa no sucedió.

El concepto de “protección integral”, el autor Buaiz lo considera como:

“el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.”²¹³

La propuesta de protección integral, se asienta en principios de dignidad, igualdad, no discriminación, interés superior del niño, justicia social, solidaridad y participación; lo que ocasionó que los Estados parte se enfrentaran a un nuevo reto en materia legislativa y de sus políticas públicas donde debían considerar la atención de determinadas circunstancias que colocan a los niñas, niños y adolescentes en situaciones de vulnerabilidad. Es decir, crear y activar los mecanismos necesarios, ya sean de carácter legislativo, educativo, cultural, social o institucional que permitan superar las barreras estructurales que han creado marcadas relaciones de inequidad para la infancia²¹⁴.

Estos cambios estaban destinados a provocar un impacto social positivo y real, y no meramente normativo, donde se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y ya no como un mero objeto, sujeto de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Este nuevo enfoque de derechos impacta los fines de la autoridad parental y la responsabilidad de la sociedad y del Estado con respecto a los niños, niñas y adolescentes, haciéndolas girar en torno a la prevalencia del interés superior del niño.

En ese sentido, con la promulgación de la CDN se da un cambio de paradigma a partir del cual la normativa interna y las políticas de los países, así como la de las regiones, relacionadas con derechos de niños, niñas y adolescentes, evolucionan para centrarse en priorizar el bienestar de esta población.

²¹³ Ibidem, p. 2.

²¹⁴ Ibidem, p. 9.

2. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

La CDN define a la persona niño/a como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”²¹⁵ y de forma más específica, la legislación costarricense detalla el plazo a partir del cual se considera a una persona niño/a: “se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos”²¹⁶, agrega además que las personas adolescentes son aquellas con una edad “mayor de doce años y menor de dieciocho” y finalmente se hace la salvedad de que ante cualquier duda, debe prevalecer la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente.

Con base en el detalle de ambos casos, de conformidad con la Observación General No. 7 del Comité de Derechos del Niño, se debe garantizar el derecho a medidas especiales de protección, según las capacidades de la niñez, para el ejercicio progresivo de los derechos. Esto incluye también a aquellos niños y niñas que se encuentran en la primera infancia, que comprende desde los cero hasta los ocho años de edad.²¹⁷

Tal y como se indicó en el ítem anterior, la CDN incorpora una nueva perspectiva fundamentada en principios articulados en derechos, bajo la premisa de que la niñez no se trata de un período de inmadurez que encamina hacia la condición de un adulto maduro, sino que desde la primera infancia la persona ostenta derechos, los cuales permiten y facilitan su pleno desarrollo.²¹⁸ A esto se le conoce como la doctrina de la protección integral.

A modo de ejemplo, algunos de los derechos se enlistan a continuación:

- El derecho a la vida, a la supervivencia y desarrollo, visible en el artículo 6 de la CDN.

²¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989, Art. 1, Sinalevi: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (último acceso: 15 de mayo de 2018).

²¹⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley No. 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia, 6 de febrero de 1998, Art. 2, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43077&nValor3=0&strTipM=TC (último acceso: 5 de mayo de 2019).

²¹⁷ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2007, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html#GEN1 (último acceso: 7 de octubre de 2020)

²¹⁸ Ibidem.

- El derecho a tener un nombre y una nacionalidad, visible en el artículo 7 de la CDN.
- A conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, visible en el artículo 7 de la CDN.
- A preservar su identidad, visible en el artículo 8 de la CDN.
- A no ser separado de sus padres, salvo que las autoridades competentes lo consideren necesario en beneficio del niño, visible en el artículo 9 de la CDN.
- A la libertad de expresión, de asociación y reunión, visible en el artículo 12 y 13 de la CDN.
- El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, visible en el artículo 14 de la CDN.
- El respeto a su vida privada y a su familia, visible en el artículo 16 de la CDN.
- A la inviolabilidad de su domicilio y de su correspondencia, visible en el artículo 16 de la CDN.
- El respeto a su dignidad, a su honra y a su reputación, visible en el artículo 16 de la CDN.
- El derecho a la información a través de los distintos medios de comunicación, visible en el artículo 17 de la CDN.
- El derecho a ser protegido contra toda forma de abuso físico o mental, visible en el artículo 19 de la CDN.
- El derecho a ser colocados en adopción cuando de acuerdo a las leyes y atendiendo a las situaciones del menor esta proceda, visible en el artículo 20 de la CDN.
- A recibir asistencia y cuidados especiales en caso de discapacidad, debiéndose garantizar a su favor el efectivo acceso a todos los servicios y el goce de todos sus

derechos, con el objeto de que el niño logre su integración social y el desarrollo individual en la máxima medida posible, visible en el artículo 23 de la CDN.

- El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de los servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación, visible en el artículo 24 de la CDN.
- El derecho a una alimentación nutritiva e higiénica, visible en el artículo 24 de la CDN.
- A beneficiarse de la seguridad social, visible en el artículo 26 de la CDN.
- A la educación, la que estará encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades, así como inculcarle el respeto de los derechos humanos, el respeto a sus padres, el cuidado y conservación de su propia identidad cultural, de su lengua, sus valores, del medio ambiente y el amor por su patria, con el fin de que asuma una vida responsable en una sociedad libre, visible en el artículo 28 y 29 de la CDN.
- El derecho que tienen los niños -que pertenecen a grupos étnicos- a disfrutar y a que se les respete su propia vida cultural, visible en el artículo 30 de la CDN.
- El derecho al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, así como a participar libremente en la vida cultural y en las artes, visible en el artículo 31 de la CDN.
- El derecho a ser protegido contra toda clase de explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; por ello, los Estados deben fijar la edad mínima para poder trabajar, visible en el artículo 32 de la CDN.
- El derecho a ser protegido contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas, así como impedir que se utilice a niños en la producción y tráfico de estas sustancias, visible en el artículo 33 de la CDN.

- El derecho a ser protegidos contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, visible en el artículo 34 de la CDN.
- El derecho a ser protegido contra el secuestro, la venta o la trata para cualquier fin o en cualquier forma, visible en el artículo 35 de la CDN.
- El derecho a ser protegido contra toda clase de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, visible en el artículo 37 de la CDN.
- A no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente; en caso de que se alegue que un niño ha infringido las leyes penales, deben ser los establecimientos especializados quienes conozcan de ello, con base en las leyes aplicables a los menores y con las formas que al efecto se establezcan, visible en el artículo 40 de la CDN.²¹⁹

Todos estos derechos deben estar presentes en lo cotidiano de todos los niños, niñas y adolescentes, con el acompañamiento y facilitación de las personas tutoras del niño/a y con la garantía del Estado para su materialización, bajo el propósito de alcanzar un desarrollo pleno y vivir una vida en condiciones de dignidad.

Sin embargo, hay un derecho que es comúnmente ignorado u olvidado, lo que ocasiona una clara violación a los derechos humanos de la niñez. Se trata del derecho a ser escuchado/a, consultado/a, a opinar y a que esa opinión sea considerada.

3. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados/as

Se dice que el derecho a la ser escuchado/a ostenta una doble condición, debido a que se le considera un derecho que, a su vez, se ha señalado como uno de los principios generales, pilares de la Convención citada, por ello debe tenerse presente en cada ocasión en la que se vayan a interpretar, ejercer o garantizar cualquiera de los demás derechos tanto a un niño/a en particular como a un grupo de niños o niñas.

El artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño lo concibe de la siguiente manera:

²¹⁹ Laura Meza Altamirano, *Ministerio de Educación Pública*, s.f., Sitio web: https://www.mep.go.cr/sites/default/files/recursos/archivo/dia_del_nino.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”²²⁰

Para garantizar este derecho, es necesario derribar algunas consideraciones adultocéntricas, como por ejemplo consideraciones donde intervienen intereses particulares de carácter político, económico, o bien, la idea de que la niñez es incapaz de expresarse o formarse opiniones propias por lo que éste debe demostrar primero que sí puede hacerlo, e incluso, ideas tendientes a la exclusión de poblaciones vulnerabilizadas como ideas xenóforas, racistas, machistas, etc.

Además de lo anterior, debe darse una garantía de acompañamiento según el principio del desarrollo progresivo introducido también por la doctrina de la protección integral antes mencionada. Esto permite que sea la niñez, como titular de sus derechos quienes, con el apoyo y la correlativa responsabilidad de los padres, encargados y del Estado, realicen un ejercicio real de sus derechos.

Se trata de permitir una progresividad acorde a la evolución de las facultades de la persona de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño, para que ejerza el derecho a expresar su opinión. El Comité de los Derechos del Niño, ha hecho eco de la importancia de este derecho y de la necesidad de orientar a los Estados para el debido respeto de este.

A través de la Observación General No. 12, ha señalado que cuanto más sepa y entienda el niño/a, más tendrán sus tutores que garantizar este derecho en aras de respetarse en igualdad como seres humanos. En particular, se establece la obligación para que esto sea especialmente aplicado “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”²²¹ sin limitaciones, es decir deberá entenderse esto en un sentido amplio,

²²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Art. 12, Sinalevi: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (último acceso: 15 de mayo de 2018).

²²¹ Ibidem.

independientemente del asunto, mientras que se presente una potencial afectación, deberá ser considerada la opinión de la niñez.

Con esta disposición se “alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.”²²² Aspecto que parece no ser aplicado en el país ni en particular durante el análisis jurídico que da origen a la sentencia 2012-10456 de la Sala Constitucional de la CSJ que se analizará más adelante.

4. La autoridad parental a la luz de la protección integral

Ante la inserción del enfoque que le da a la niñez la doctrina de la protección integral, es menester describir también la nueva perspectiva que se le da a la anteriormente denominada patria potestad, ahora, autoridad parental. En particular, respecto al derecho preferente de padres, madres y tutores en el marco del derecho a la educación.

Desde la perspectiva de la doctrina de la situación irregular se consideraba que los derechos de la niñez eran contrarios o colisionaban con las potestades que los padres, madres y tutores/as tenían por sobre ellos/as en un sentido vertical, donde los primeros, estaban por encima de los segundos. Se pensaba que estos derechos, de cierta manera, desautorizaban a la persona adulta frente al infante y es por eso que, con la inclusión de la doctrina de la protección integral, hay quienes lo interpretaron como una “debilitación a la familia”.²²³

Y es que la doctrina de la protección integral introducida por la CDN, hizo que la concepción de la patria potestad se transformara y diera paso a una relación más horizontal entre padres-madres-tutores/as con sus hijos, hijas o representados/as, y de que igual manera lo hiciera el Estado. Se trata de una relación enfocada en reconocer, proteger y garantizar los derechos humanos de los niños y niñas, ya que se dice que “Esta Convención aborda los derechos

²²² Comité de Derechos del Niño, *Observación General No. 12 El derecho del niño a ser escuchado*, 12 de junio de 2009, párr. 33, Sitio web: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

²²³ Gabriela Magstris, «Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho: tensiones y compatibilidades.» XIX Congreso Panamericano del Niño, Instituto Interamericano del Niño, México DF: Instituto Interamericano del Niño, 2004, p. 12.

humanos de los niños y adolescentes desde la perspectiva de estos y no desde la perspectiva adultista”²²⁴

Reflejo de ello fue la incorporación en la legislación nacional del Código de la Niñez y Adolescencia, donde se indica en el artículo 10 sobre el disfrute de derechos “La persona menor de edad será sujeto de derechos; goza de todos los inherentes a la persona humana y de los específicos relacionados con su desarrollo (...)”²²⁵

La CDN incorporó principios transversales que deben permear la normativa interna de los Estados parte, tal y como se indicó en las secciones anteriores, e incluyó el reconocimiento de la autonomía progresiva, por lo que la autoridad parental deberá procurar y respetar el desarrollo progresivo de las competencias y capacidades del niño, niña o adolescentes conforme este/a va creciendo y desarrollándose, sin abandonar sus propias responsabilidades, deberes y derechos, asimismo desde el ámbito de la familia, la sociedad y el Estado éstos deberán considerar a la persona y valorarla.²²⁶ De esta manera se consignó en la CDN:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”²²⁷

Lo anterior significa que la autoridad parental deberá ser vista como un medio facilitador del desarrollo, de acompañamiento y apoyo de la persona desde su nacimiento hasta el final de su infancia y el hogar será el primer espacio desde donde se practique el ejercicio democrático de la consulta, la participación y la escucha activa respecto a las decisiones que le impacten, esto conforme a su desarrollo progresivo siempre garantizando la integridad física, psicológica y emocional de acuerdo con los derechos humanos de los niños, niñas y

²²⁴ María José Aráuz Heriquez, «La autoridad parental de tránsito hacia la humanización de los derechos de la niñez y la adolescencia, cambio de paradigma.» Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 2018: Volumen 29 (1).

²²⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Código de la Niñez y la Adolescencia*,. 6 de febrero de 1998, Art. 10, Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=43077&nValor3=0&strTipM=FN (último acceso: 16 de octubre de 2019).

²²⁶ María José Aráuz Heriquez, *Ibidem*.

²²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989, Art. 5, Sinalevi: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (último acceso: 15 de mayo de 2018).

adolescentes. Ejemplo de ello, fue la incorporación del derecho a la libertad en el artículo 14 del Código de la Niñez y Adolescencia, que reza:

“Las personas menores de edad tendrán derecho a la libertad. Este derecho comprende la posibilidad de: a) Tener sus propias ideas, creencias y culto religioso y ejercerlo bajo la orientación de sus padres o encargados, según la evolución de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico. b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; también como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.”²²⁸

Esta consideración también se extendió a las áreas de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el artículo 14 de la CDN indica “1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades (...)”²²⁹

Estos derechos reflejan que, si bien deben ser aplicados a toda la niñez, siempre debe hacerse un análisis crítico de las capacidades del niño, niña o adolescente de manera que se permita que estas personas puedan manifestarse o expresarse sobre aquello que les impacta, sea de manera positiva o negativa. Sin embargo, una de las grandes interrogantes relacionadas con el desarrollo progresivo es ¿a partir de qué edad se debe considerar esta participación si la ley no lo indica de manera expresa?

De acuerdo con Aráuz, ella indica que el desarrollo de cada niño o niña depende de muchos factores, por ejemplo factores sociales, educativos, biológicos, psicológicos etc., pero que “Se debe iniciar con el reconocimiento del derecho del niño o niña a participar activamente de su propio desarrollo y del desarrollo familiar, ayudándoles a crecer y a identificar sus cualidades y competencias para la vida, aceptándolos como otro miembro de la familia, tomando en cuenta el desarrollo de estas competencias para su autonomía como tal.”²³⁰

²²⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Código de la Niñez y la Adolescencia*, Ibidem, Art. 14.

²²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño, Ibidem, Art. 14.

²³⁰ María José Aráuz Heriquez, Ibidem.

Así las cosas, es posible indicar que, conforme al desarrollo de la persona, la autoridad parental no va a verse disminuida o invisibilizada, ya que las obligaciones de padres, madres y tutores con respecto a sus hijos, hijas o representados/as persisten hasta la mayoría de edad; sino que más bien, ésta autoridad parental debe dar paso a atender, permitir y facilitar espacios donde la persona a su cargo potencie su desarrollo físico, mental, social, lo que incluye aspectos de índole sexual y reproductivo, por lo que se introduce per sé, la ESI, en especial con aquellas personas que ya tienen una desarrollada capacidad de razonamiento y decisión como lo son las personas adolescentes.

5. Propuesta conceptual e interpretativa del término “derecho preferente” en el contexto del derecho a la educación

Esta investigación entiende, en general, como un derecho preferente a aquella prioridad que debe dársele a una persona, en términos de sus derechos, previo a otras disposiciones provenientes del Estado o de terceras personas. A la luz de lo incorporado por la doctrina de la protección integral, el reconocimiento del desarrollo progresivo y el derecho de la niñez a ser escuchada, en materia del derecho humano a la educación, la prioridad no es sinónimo de un privilegio absoluto e inquebrantable, lo que no debería significar que, frente a este derecho preferente, el Estado inhiba su obligación de garantizar otros derechos e incluso, el mismo derecho a la educación, si éste no es acorde a los fines establecidos por la normativa internacional.

El conjunto de palabras “derecho preferente” ha sido mayoritariamente estudiado por doctrinarios/as chilenos quienes adoptaron de forma literal el término en su CP. Si bien esta expresión es un sinónimo de prioridad para el/la tutor/a legal para elegir el tipo de educación que han de darle a sus representados/as, esto “no es propiamente un derecho con respecto a éstos”²³¹ tal y como se ha señalado de manera reiterada durante esta sección. Se dice que más bien, se trata de un derecho de elegir frente a “otras personas que pudieran interferir y dificultar dicha educación”²³².

²³¹ Juan Carlos Flores Rivas, *Ibidem*.

²³² *Ibidem*.

Así las cosas, según Cardús y otros, el derecho preferente a elegir el tipo de educación “está limitado por el derecho del hijo a recibir información y habilidades que le permitan desarrollarse con una conciencia informada”²³³. Es decir, la dinámica se basa en una interacción entre los derechos y las obligaciones que tienen padres, madres y tutores/as.

De conformidad con el inciso 2, del artículo 26, la DUDH establece un límite a partir del propio fin del derecho a la educación. Es decir, el Estado tendría potestades de intervención en el momento en que la educación por la que optaron los padres, madres y tutores/as no busque el pleno desarrollo de la personalidad humana, no busque el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, no favorezca la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones, etnias y religiones; y no promueva el mantenimiento de paz. El Estado está obligado a supervisar y garantizar este derecho de los niños, niñas y adolescentes, por lo cual, tiene todas las potestades para intervenir en el derecho de los padres, madres y tutores, en el caso de que sus decisiones no estén dirigidas al cumplimiento del interés superior del niño/a por encontrarse en contra de los fines del derecho a la educación, lo cual tiene sentido desde la protección especial que le debe el Estado a la niñez.

Cardús resume sobre el derecho preferente a elegir el tipo de educación que “este propio derecho está limitado por la necesidad de promover el interés en la libertad de pensamiento, conciencia y religión y de mejora la comprensión, la tolerancia y la amistad cívica.”²³⁴ A través de los pactos de la ONU, se constituyó un sistema amplio y jurídicamente vinculante para la promoción y la protección de los derechos humanos en los Estados que los han ratificado. Con base en la DUDH, se desarrolló el PIDCP y el PIDESC, ambos, podría decirse, son una guía sobre el alcance del artículo 26, inciso 3, de la DUDH a: a) elegir el centro educativo; y b) garantizarle a la persona menor de edad la educación religiosa o moral de acuerdo con las convicciones de su encargado/a legal.

En lo que corresponde al inciso a) sobre elegir el centro educativo, debe entenderse como “la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas “siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba

²³³ Salvador Cardús y otros, *Los laberintos de la educación*, Barcelona: Gedisa S.A., 2013, p. 161.

²³⁴ *Ibidem*.

o apruebe”²³⁵ Mientras que para lo que corresponde al inciso b) sobre elegir la educación religiosa y moral, debe entenderse que “está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo primero del mismo artículo dieciocho”²³⁶, es decir la libertad de instruir a la persona menor de edad en ideas, consideraciones u concepciones (pensamiento); en juicios para formular posiciones, desde la idea de moralidad, de la ética o de la religión del ser (conciencia); y en credos religiosos y sus manifestaciones (religión).

El derecho preferente a la libertad de educación, se trata pues de un derecho prioritario para padres, madres y tutores para que, dentro del marco de la protección especial que le deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes, y su obligación de facilitar la educación a sus hijos, hijas o representados/as, sea posible que elijan con prioridad en qué tipo de institución educarles, sea técnica, religiosa, militar, deportiva, pública, privada, semiprivada, etc. Por otra parte también, con prioridad puedan transmitirles sus concepciones morales para que el niño/a, conforme a su progresiva madurez, forme sus pensamientos, su conciencia y determine su pertenencia a una religión o a ninguna. Todo lo anterior siempre en respeto de los derechos de la niñez a ser consultados y escuchados.

Esta preferencia de elegir no es excluyente de las obligaciones del Estado, ni de las propias obligaciones de los padres, madres y tutores para con los derechos de la niñez, pero significa también que cuando el Estado es quien provee de forma pública y generalizada la educación formal, las madres, padres y tutores/as puede conocer, participar y supervisar la elaboración de los contenidos, métodos, etc., sin dejar de lado el derecho a consulta, expresión y a ser escuchado que les otorga la Convención sobre Derechos del Niño a toda la niñez desde los cero hasta los dieciocho años, en concordancia con su desarrollo progresivo.

²³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Párr. 29, *Observación general No 13: Derecho a la educación*, 1999, Derecho a la educación: <https://www.right-to-education.org/es/resource/observaciones-generales-13-el-derecho-la-educaci-n-art-culo-13> (último acceso: 26 de agosto de 2019).

²³⁶ Comité de Derechos Humanos, *Observación general no. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 1993, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN22 (último acceso: 28 de agosto de 2019).

La esfera de este derecho se verá vulnerada cuando la intervención del Estado en la educación formal sea dirigida hacia el adoctrinamiento. El Comité de Derechos Humanos se ha referido al tema indicando que “la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.”²³⁷ Es en este punto donde las personas tutoras legales de las personas menores de edad pueden intervenir a través de los mecanismos legales que la ley nacional les permite, o bien, a través del mecanismo de justicia regional con el que disponen; para el caso de América Latina y el Caribe, el SIDH.

En Costa Rica, la educación religiosa sí se dirige hacia una religión específica, ya que “busca que los alumnos asimilen y hagan propio el sistema de creencias, de juicios morales, de normas de conducta y de símbolos y ritos de la religión oficial de nuestro país.”²³⁸ Según la CP del país la religión oficial del Estado es la Religión Católica, Apostólica y Romana; es por ello que la objeción de conciencia es un mecanismo comúnmente empleado en la educación formal religiosa.

En conclusión, alegar que la ESI contraviene el derecho a la libertad de educación religiosa y moral con la que cuentan los padres, madres y tutores/as no tiene fundamento, debido a que la ESI, por un lado, no tiene como propósito educar sobre religión; y por el otro, no busca obstruir o entorpecer la libertad de instruir que tienen los padres, madres y tutores sobre las ideas, consideraciones u concepciones (pensamiento); los juicios para formular posiciones, desde la idea de moralidad, de la ética o de la religión del ser (conciencia); o en sus credos religiosos y sus manifestaciones (religión); sino que viene a complementarla a través de su propósito de brindar insumos para que los niños, niñas y adolescentes cuenten con la información necesaria sobre sexualidad y reproducción que les contribuya a gozar de forma plena y responsable de los derechos relacionados a ella, lo que considera los derechos propios

²³⁷ Comité de Derechos Humanos, *Observación general no. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 1993, Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN22 (último acceso: 28 de agosto de 2019).

²³⁸ Dirección General de Servicio Civil, Manual descriptivo de especialidades docentes, 14 de julio de 2020, p. 1, Documento de sitio web: http://www.dgsc.go.cr/ts_clase_docente/Especialidades%20Docentes/Religion.pdf (último acceso: 9 de enero de 2021).

y los deberes para con las demás personas que provienen de los valores morales como el respeto, la justicia, la virtud cívica y la ciudadanía, y la responsabilidad por sí mismo y por el prójimo.

CAPÍTULO IV: Educación sexual integral: ¿Educación violatoria o garante de derechos?

En este capítulo se desarrollará el ejercicio de análisis jurídico que dará respuesta al problema planteado por esta investigación sobre la conflictividad que se alega en disputas judiciales entre el derecho a la ESI y el derecho a la libertad educación, basada en la libertad de pensamiento, conciencia y religión; para ello, se considerarán dos teorías que la doctrina ha desarrollado, a saber, teoría conflictivista y teoría armonizadora de los derechos fundamentales.

Posteriormente, se analizarán los criterios utilizados en el pronunciamiento número 10456 del año 2012, emitido por la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica; a partir de la teoría seleccionada, con el fin de emitir un criterio sobre las consideraciones realizadas por los/as magistrados/as costarricenses.

Cuando se trata de derechos fundamentales, a diferencia de aquellos que taxativamente contienen una obligación de hacer o no hacer, se postulan principios básicos de la estructura democrática de un Estado de Derecho que tienen como función “la conservación o creación de estructuras sociales que garanticen la mayor oportunidad posible para el desarrollo de la personalidad”²³⁹ ya que, estos “principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.”²⁴⁰

Sería contraproducente, en un Estado de Derecho, dar paso a una interpretación jurisprudencial de un término donde se permita una prioridad a un porcentaje de la población que dé paso a la violación de derechos subyacentes de terceras personas, con la excepción de las medidas especiales de carácter temporal a las que se acude para acelerar la igualdad entre hombres y mujeres.

La interpretación jurídica de un “derecho preferente” debe llevar consigo, dentro de la sentencia, un ejercicio jurídico de ciencia social de ponderación de derechos objetivo e

²³⁹ E. Grabitz, Citado por Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 499.

²⁴⁰ Robert Alexy, *Ibidem*, p. 524.

inclusivo, que le permita al juez alejarse de subjetividades alineadas a su visión de mundo con el fin de fundamentar un argumento jurídico-científico.

Este capítulo, no sólo considera la norma estricta, sino que postula una hermenéutica más amplia, tal y como lo propone la teoría armonizadora, debido a que los derechos humanos en cuestión, como principios teóricos y como normas positivas, también son derechos que recogen valores determinados que reafirman la dignidad, la justicia y la democracia, y son derechos que responden a luchas históricas de transformación social.

Sección A: La propuesta de la teoría conflictivista a la resolución del problema de investigación

En esta sección se desarrollarán dos planteamientos de ejercicios de razonamiento jurídico, el primero trata de ejercicios de jerarquización, mientras que el segundo es sobre la ponderación, y se basa en una postura que indica que, por naturaleza, los derechos fundamentales colisionan produciendo conflictos jurídicos, los cuales se resuelven, únicamente, por medio del desplazamiento de un derecho para hacer valer el otro.

1. La jerarquización de derechos

La jerarquización de derechos plantea que los conflictos entre derechos se resuelven a través de una escala de prioridad establecida de antemano, de forma rígida, producto de un análisis global de derechos previamente realizado, a partir del cual se resolverán los casos particulares.²⁴¹

Es decir, no se trata de un análisis circunstancial de las pretensiones de cada caso particular para determinar la prioridad, sino que se busca la solución del caso en abstracto sin considerar las características del caso en concreto por medio de una “suerte de categorización de los

²⁴¹ Martha Deicy Isique Montalvo, *Los conflictos entre derechos fundamentales y los métodos de resolución*. s.f. p. 3. Documento de sitio web:

http://www.ussvirtual.edu.pe/Documentos/derecho/produccionjuridica/200902/LOS_CONFLICTOS_ENTRE_DERECHOS_FUNDAMENTALES_Y_LOS_METODOS_DE_RESOLUCION.doc. (último acceso: 18 de marzo de 2020).

derechos”²⁴² que, según la posición en la que se encuentren los derechos en conflicto, así será la sentencia que el juez dictará.

Este método ha sido considerado como inviable e ineficaz, y ha recibido innumerables críticas por las influencias ideológicas, históricas o de valores culturales que interfieren para la categorización. Se dice que eventualmente, incluso, se puede llegar a violar el principio de dignidad de la persona humana en el caso que deban ponderarse derechos humanos como la vida o la dignidad, también por su rigidez para resolver los conflictos sometidos ante las cortes constitucionales.

Sin embargo, el argentino Miguel Ángel Ekmekdjian, quien concuerda con la jerarquización, sostiene que es falaz el argumento de quienes están en contra del método jerarquizador, ya que alegan que la jurisprudencia se encarga de dar un límite a cada derecho para armonizarlo con los otros, lo cual, según su postura, es incorrecto porque “en caso de conflicto entre dos o más derechos (...) debe sacrificarse alguno en beneficio del otro y otros”²⁴³ entendiendo que, sencillamente, el derecho de rango superior debe prevalecer sobre el de rango inferior.

Ekmekdjian postula la existencia del orden jerárquico y propone la siguiente estructura, según lo cita Cianciardo: 1°) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.); 2°) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3°) derecho a la libertad física; 4°) derecho al honor; 5°) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc); 6°) derecho a la información; 7°) derecho de asociación; 8°) los restantes derechos personales; 9°) los derechos patrimoniales.²⁴⁴

A pesar de que el método ha sido utilizado por algunas cortes constitucionales, actualmente no se cuenta con una tabla de jerarquización oficial que determine la posición de los derechos

²⁴² Eloísa del Pilar Perrejinoski Toro, «Memoria para optar por el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Finis Terrae», Conflictos de derechos fundamentales y en particular entre el acceso a la información y la privacidad en la reciente interpretación del Tribunal Constitucional, 2014, p.32, Documento de sitio web: http://repositorio.uft.cl/bitstream/handle/20.500.12254/212/PERREJINOSKI_ELOISA%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 25 de marzo de 2020).

²⁴³ Miguel Ángel Ekmekdjian, citado por Juan Cianciardo, «Revista de derecho de la Universidad de Montevideo.», La jerarquización de los derechos, s.f., p.13, Documento de sitio web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cianciardo-La-jerarquizacion-de-los-Derechos.pdf> (último acceso: 29 de marzo de 2020).

²⁴⁴ Ibidem, p.12.

que involucra esta investigación. El método continúa considerando los derechos como ilimitados y sin posibilidad de coexistir cuando hay disputas judiciales.

2. La ponderación de derechos

El método de ponderación fue ampliamente desarrollado por el autor Robert Alexy en su libro denominado “Teoría de los Derechos Fundamentales”, en él propone analizar los fines y los medios de los principios constitucionales para luego ponderar, a partir de la idoneidad de los medios, la necesidad del fin y la proporcionalidad, con el fin de optimizar estos derechos fundamentales. Este ejercicio parte de la idea de que los derechos fundamentales son derechos ilimitados y que es por medio de este razonamiento que se determina qué derecho prevalece por sobre el otro derecho en conflicto.

Alexy, hace referencia a los fines como el objeto que persigue el principio constitucional, por otra parte, los medios los entiende como las diversas acciones que deben ejecutarse (conductas positivas) para alcanzar tal fin; y finalmente, la ponderación debe considerar la idoneidad de los medios, la necesidad del fin y la proporcionalidad.

Para ello, se considerará la idoneidad desde un criterio negativo, ya que excluye los medios no idóneos; en cuanto a la necesidad “exige que, de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado”²⁴⁵; mientras que en cuanto a la proporcionalidad deben considerarse tres pasos:

“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.”²⁴⁶

La ponderación de derechos recibe innumerables críticas por diversos/as doctrinarios que desarrollan el tema, una de las principales es que se alega que la fundamentación continúa siendo irracional por la falta de criterios racionales y objetivos, lo cual pone en duda la certeza

²⁴⁵ Robert Alexy, *Ibidem*, p. 525.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 529.

jurídica ya que, para cada caso, deberá determinarse qué derecho pesa más y cuál debe rendirse según el criterio de interpretación del método de ponderación de cada juzgador/a.²⁴⁷

Además de los métodos de jerarquización y ponderación existen otros más, como por ejemplo el método de las libertades preferidas o la doctrina de los límites externos, sin embargo, esta investigación no considerará la teoría conflictivista para dar respuesta al problema de investigación por encontrarse de acuerdo con las críticas realizadas, en general, al conflictivismo.

²⁴⁷ Francisco Alberto Ruay Sáez, «Una crítica al juicio de ponderación de Alexy.» *Revista de Derechos Fundamentales*, 2014: p.154.

Sección B: La propuesta de la teoría armonizadora o teoría no conflictivista a la resolución del problema de investigación

Por su parte, la teoría armonizadora ha surgido como una nueva forma de razonamiento jurídico frente a la solución de los conflictos judiciales que involucran derechos fundamentales/humanos, en ella se propone una interpretación de los derechos invocados en las pretensiones desde una postura, que dice, debe responder a la unidad y coherencia de la naturaleza humana y no a una estructura de razonamiento rígida, previamente establecida, de derechos vencidos y vencedores.

Esta teoría se encuentra en desarrollo y, quienes han propulsado en mayor manera su difusión han sido académicos del sur de América, a partir de la idea del contenido limitado de los derechos fundamentales. Alegan que no existe un conflicto real entre los derechos, tal y como lo propone la teoría conflictivista, sino que más bien, lo que se da es un conflicto aparente o bien, un conflicto entre las pretensiones de las partes.²⁴⁸

La teoría armonizadora niega la contradicción entre derechos fundamentales y apuesta por una “coexistencia armónica” a partir de la justificación de que se trata de bienes humanos fundamentales que le permiten a la persona vivir una vida en condiciones de dignidad y no pueden desaparecer o negárseles en nombre de otro derecho que hace valer un tercero ante una corte constitucional sin cometerse una injusticia.

La teoría indica que el derecho está compuesto por un contenido esencial y una finalidad que se fundamenta en la naturaleza humana de la persona para “favorecer el más pleno y completo desarrollo de la persona humana en todas sus dimensiones”²⁴⁹, no sólo a nivel individual y material, sino que también a nivel social y espiritual.²⁵⁰

²⁴⁸ Cristóbal Orrego Sánchez, «Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral.» *Revista Chilena de Derecho* v.37 n.2, 2010: 311-342.

²⁴⁹ Martha Deicy Isique Montalvo, *Ibidem*, p.5

²⁵⁰ Luis Castillo Córdova, «El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo.» *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.14, 2010: 89-118.

1. Método de aplicación

Respecto a la determinación del contenido esencial del derecho, el autor Castillo Córdova refiere a cinco herramientas hermenéuticas que se resumen en los siguientes criterios,²⁵¹ las cuales, deben ser considerados para su definición, a saber:

1. Criterio de interpretación literal: Hace referencia a lo que dice literalmente la norma constitucional, su concreta disposición.
2. Criterio de interpretación sistemática: Refiere a la normativa relacionada con la norma constitucional. Este criterio se acompaña del principio de unidad de la Constitución, que considera el texto constitucional como una unidad armónica que no se contradice en sus artículos.
3. Criterio de cláusula internacional: Dirige hacia la normativa internacional sobre derechos humanos vinculantes para el país.
4. Criterio de interpretación teleológica: Procura la búsqueda del bien humano que está detrás del derecho fundamental, la plena realización y el perfeccionamiento de la persona a través de la consecución de bienes humanos.
5. Criterio de concordancia práctica: Comprende el principio de proporcionalidad donde se consideran las circunstancias concretas de cada caso, a fin de justificar el alcance de protección constitucional que cada derecho fundamental trae consigo, procurando dar protección equilibrada a las posiciones teniendo como norte la dignidad humana.

El juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación descrito en la teoría conflictivista) debe ir enfocado a justificar cuál pretensión forma parte del contenido esencial del derecho y no a determinar el derecho vencido y el vencedor, es decir, encontrar el punto donde ambos principios alcancen su máximo grado de realización.

Este ejercicio de ponderación determinará “cuál de las dos partes ha invocado correctamente su derecho fundamental como cobertura constitucional de su pretensión (...) no podrá ser

²⁵¹ Ibidem.

posible que ambas pretensiones sean consecuencia del contenido esencial de ambos derechos y a la vez resulten contradictorias (...) Con otras palabras, ¿cuál pretensión es consecuencia del ejercicio regular de un derecho fundamental y cuál es consecuencia del ejercicio extralimitado del derecho fundamental?”²⁵², lo que en síntesis se traduce a una respuesta que justifique quién, en su pretensión, solicitó algo que no cubre el derecho fundamental.

En cuanto a la finalidad, el autor indica que esta debe responder siempre a la satisfacción de una necesidad o exigencia humana para una mayor realización o perfeccionamiento humano a partir de la dignidad del ser.²⁵³ Importante es resaltar la consideración que realiza el mismo autor en relación con los derechos humanos; al respecto dice:

“Con base en la consideración de los derechos humanos como bienes humanos que brotan de la naturaleza y esencia humana, es posible pensar los derechos fundamentales como los derechos humanos constitucionalizados. Al recogerse en la Constitución, el derecho lleva consigo —como resulta obvio— su esencia, la cual conforma el contenido esencial del derecho fundamental. Este es un contenido constitucional único y que es calificado de esencial no para diferenciarlo de un supuesto contenido constitucional no esencial, sino para significar que todo él brota de la esencia del derecho que se trate, es decir, de aquello por lo cual el derecho es el que es y no es un derecho diferente. Por constituir la esencia del derecho, el contenido único no puede ser sacrificado ni restringido, pues sacrificar la esencia de la cosa supondrá su desaparición; es decir, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental supondrá su vulneración.”²⁵⁴

Será a partir de esta teoría que se procurará dar respuesta a la interrogante planteada en el problema de esta investigación, referente a la posibilidad de una convivencia armónica entre la ESI facilitada por el sistema educativo nacional formal y el derecho a la libertad educación desde la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La decisión se justifica en que la teoría ofrece una visión que concuerda con la noción que guía esta investigación, en la cual se ha manifestado, en capítulos anteriores, que los derechos humanos son bienes básicos necesarios para que las personas desarrollen su vida en condiciones de dignidad y, por ende, todos deben garantizarse a todas las personas por parte del aparato estatal. Aceptar que existen derechos fundamentales o derechos humanos más importantes que otros, o derechos que corresponden sólo a un porcentaje de la población, significaría aceptar y normalizar la

²⁵² Ibidem, p. 104.

²⁵³ Ibidem, p. 103.

²⁵⁴ Ibidem, p. 102.

desigualdad, donde hay un sector de la población que goza de privilegios obtenidos desde la estructura misma de la ley.

Sección C: Aplicación de la teoría armonizadora al problema de investigación

En la presente sección se desarrollará el ejercicio jurídico de aplicación de la teoría armonizadora para la solución concreta del problema de investigación, para ello se utilizarán los cinco criterios que describe dicha teoría para, posteriormente, realizar el examen de proporcionalidad desde la visión de la teoría no conflictivista. Lo anterior, a partir del recurso de amparo que da origen a la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 10456 del primero de agosto de 2012 y la información obtenida en los capítulos anteriores sobre el derecho humano a la ESI, la libertad de educación, la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa.

En el recurso de amparo los recurrentes alegaron que el Ministerio de Educación Pública omitió darles participación de previo a la aprobación del Programa, por lo que ello interfiere en el derecho de los padres de dar una educación religiosa y moral de acuerdo a sus propias creencias o convicciones contemplado en la CADH, artículo 12, párrafo 4, la DUDH, artículo 26, punto 3, el PIDCP, artículos 13, punto 3 y artículo 18, párrafo 4, la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, artículo 7, y la CDN, artículos 3 y 5.²⁵⁵

En el voto de mayoría los Magistrados:

“(…) reconocen que es una obligación del Estado costarricense, de acuerdo con Convenios Internacionales suscritos y la Constitución Política, implementar un modelo educativo que incluya la educación sexual para las personas menores de edad, por lo que manifiestan que el programa “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” no es contrario ni a las Convenciones Internacionales, ni a la Constitución Política. (...) Sin embargo, (...) también salvaguarda el derecho de los padres de familia a exceptuar a sus hijos del mismo, en los casos en que afecte sus creencias religiosas o los valores que desean inculcar a sus hijos (derecho de objeción de conciencia).”²⁵⁶

Por estas razones declara parcialmente con lugar el recurso, únicamente, en cuanto a la violación de la libertad de conciencia. En la sentencia, se le ordena al MEP que establezca un “mecanismo ágil y sencillo para que los padres puedan excluir a sus hijos de la atención

²⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Acción de inconstitucionalidad: voto No. 10456, 1 de agosto de 2012, párr. 1, Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.aspx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=02-007617-0007-CO&strTipM=E (último acceso: 10 de diciembre de 2017).

²⁵⁶ Ibidem, «Sala IV resuelve amparo sobre “guías sexuales”.» Comunicado de Prensa, 1 de agosto de 2012, p.2.

del programa de estudio de “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” en los términos explicados en la sentencia, con el fin de garantizarles el respeto de sus derechos fundamentales relativos a la educación de sus hijos.”²⁵⁷, es decir, se le ordena establecer un mecanismo de objeción de conciencia.

Con base en lo indicado, a continuación, se desarrollará la metodología propuesta por la teoría armonizadora para una resolución acorde con la doctrina de la protección integral, que tiene su fundamento en los principios de dignidad, igualdad y no discriminación, el interés superior del niño, justicia social, solidaridad y participación; esto a partir del conflicto jurídico planteado en el recurso de amparo que da origen a la sentencia 10456-2012 de la Sala Constitucional de la CSJ, que involucró el derecho preferente de los padres, madres y tutores a escoger el tipo de educación de los niños, niñas y adolescentes, y el derecho a la libertad de conciencia; así como el derecho a la ESI de niños, niñas y adolescentes, y la obligación del Estado de otorgarla.

1. Criterio de interpretación literal

El derecho a la libertad de conciencia con el cual la Sala Constitucional de la CSJ vincula el derecho preferente de los padres, madres y tutores de escoger el tipo de educación de niños, niñas y adolescentes, se encuentra inserto en la CP (artículo 75²⁵⁸), la cual, en su interpretación literal, permite el ejercicio de cualquier tipo de culto mientras este no contradiga la moral ni las buenas costumbres. A partir de esta libertad religiosa, la CP considera también el derecho a la libertad de conciencia.

Por otra parte, en lo relativo a la ESI, el Estado (artículo 77 de la CP) plasma el derecho a la educación como un proceso integral, es decir una educación para la persona que comprenda una diversidad de áreas, materias, temas, aspectos, etc., desde la educación preescolar hasta la universitaria, más no se incluye la ESI de forma taxativa.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Artículo visible en el capítulo segundo, sección d), subsección tres (3) de este documento.

2. Criterio de interpretación sistemática

La normativa nacional relacionada con el derecho preferente a elegir el tipo de educación de niños, niñas y adolescentes por parte de sus representantes, se contempla tanto en el Código de Familia, en lo que respecta a los deberes de la autoridad parental, así como en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en lo que respecta al derecho a la educación.

En cuanto a los deberes de la autoridad parental (artículo 143 del Código de Familia²⁵⁹) se interpreta que quienes la ejercen deben orientar y educar a las niñas, niños y adolescentes, así también tienen un deber compartido con el Estado para procurar un desarrollo integral de esta población y, principalmente, el Estado debe de garantizar el respeto por el interés superior de estas personas (artículo 7 del Código de la Niñez y Adolescencia²⁶⁰).

Por otra parte, la libertad de conciencia en niños, niñas y adolescentes (artículo 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia²⁶¹) comprende, entre otros, la posibilidad de tener ideas propias, creencias y culto religioso, así como el ejercicio del mismo con orientación de padres, madres y encargados/as. Este texto permite interpretar que, al igual que la CP, esta norma reconoce la posibilidad de acudir a la libertad de conciencia para que los niños, niñas y adolescentes formen juicios, dictámenes o decisiones, desde el libre pensamiento moral, ético, religiosos o filosófico del ser humano para una actuación conforme a ellos. Para ello deberá considerarse el derecho a ser escuchados/as y a expresarse, tomando en cuenta los aspectos de la autonomía progresiva que les acoge.

En lo que respecta a la ESI (artículo 2 de la Ley Fundamental de Educación²⁶²) se dice que uno de los fines de la educación es concienciar a las personas sobre sus derechos y libertades fundamentales, así como contribuir al desenvolvimiento pleno de la personalidad humana, lo cual incluye, desde un criterio interpretativo, derechos sexuales y reproductivos del ser humano necesarios para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad.

²⁵⁹ Artículo visible en el capítulo tercero, sección b), subsección tres (3) de esta tesis.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Artículo visible en el capítulo segundo, sección d), subsección tres (3) de esta tesis.

²⁶² Artículo visible en el capítulo primero, sección a), subsección seis (6) de esta tesis.

Asimismo, se establece la obligación del Estado de incluir en las políticas educativas nacionales temas relacionados con la educación sexual, la reproducción y el embarazo en adolescentes (artículo 58 del Código de la Niñez y Adolescencia) e impartir cursos informativos de educación sexual, dirigidos a las madres adolescentes, con el propósito de evitar la posibilidad de otro embarazo no planeado (artículo 9 de la Ley de Protección Integral a la Madre Adolescente).

3. Criterio de cláusula internacional

La DUDH, en definitiva, es el documento jurídico base sobre el cual se han construido los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si bien, ésta fue concebida como un instrumento meramente declarativo, la fuerza política y jurídica que ha adquirido a raíz de su historia y origen ha elevado su autoridad hasta llegar a convertirse, en la práctica jurídica, en un instrumento de carácter vinculante. La misma, es mencionada y considerada en la mayoría de las resoluciones judiciales donde se disputan derechos de rango constitucional y supraconstitucional. Este fue el caso ocurrido en la sentencia 10456-2012 de la Sala Constitucional de la CSJ.

El derecho preferente de padres, madres y tutores a escoger el tipo de educación que habrá de darse a los hijos e hijas (artículo 23, inciso 3 de la DUDH) se alegó y se consideró tanto en el recurso de amparo presentado, como en la sentencia 10456-2012 que éste dio origen. Este derecho se sintetiza en lo que se conoce como libertad de educación, el cual se encuentra inserto en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos vinculantes para Costa Rica, específicamente, dentro de lo comprendido por los derechos a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 18 de la DUDH²⁶³).

Costa Rica, específicamente, reconoce y adopta el derecho a la objeción de conciencia en caso de que la educación religiosa y moral que reciban los niños, niñas y adolescentes contravenga las convicciones de quienes tienen su tutoría legal (artículo 18 del PIDCP²⁶⁴). El país se comprometió a respetar el derecho del niño/a a la libertad de conciencia y el respeto del derecho-deber de los padres, madres y representantes legales de guiarles para el ejercicio

²⁶³ Artículo visible en el capítulo segundo, sección d), subsección uno (1) de esta tesis.

²⁶⁴ Ibidem.

de ese derecho, pudiéndose interpretar, de la misma forma anterior, la posibilidad de utilizar mecanismos de objeción de conciencia como defensa para hacer valerlo (artículo 14 de la CDN²⁶⁵).

Costa Rica declara también la libertad religiosa para todas las personas, pudiendo realizar las manifestaciones relativas a ella (artículo 3 de la DADDH²⁶⁶). A partir de esta Declaración, el país acuerda que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia (artículo 12 de la CADH²⁶⁷), lo que comprende también, el derecho de padres, madres y tutores/as para que los niños, niñas y adolescentes reciban educación religiosa y moral, de conformidad con sus convicciones, lo que permite utilizar los mecanismos de objeción de conciencia disponibles para su cumplimiento (inciso 4).

Asimismo, tanto padres, madres, tutores, la sociedad y el Estado deben garantizar medidas para que el derecho de la niña y el niño a ser escuchado/a se aplique en la práctica (Artículo 12 de la CDN²⁶⁸), esto incluye todos los asuntos que afecten al niño/a sin discriminación, sean familiares, judiciales, administrativos o de cualquier otra índole sin restricción de la libertad de opinión, considerando la edad y madurez de la persona

Desde otro ámbito, se encuentra la ESI, la cual es incluida en una diversidad de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que abarcan tanto la educación como la información y la salud.

Respecto a la educación, Costa Rica se compromete a orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad (artículo 26 de la DUDH²⁶⁹) y la dignidad humana, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 13 del PIDESC²⁷⁰), el permitir la capacidad mental y física, la igualdad de los sexos, la diversidad y preparar a la persona para una vida responsable (artículo 29 de la CDN²⁷¹).

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Artículo visible en el capítulo tercero, sección d), subsección tres (3) de esta tesis.

²⁶⁹ Artículo visible en el capítulo primero, sección a), subsección seis (6) de esta tesis.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ibidem.

Así también, se comprometió a que esté inspirada en principios de libertad, moralidad y solidaridad humana (artículo 12 de la DADDH²⁷²), orientada hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana, al sentido de su dignidad, al respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz; a la participación efectiva, a lograr una subsistencia digna, a favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos (artículo 13 del Protocolo de San Salvador); con carácter integral y que promueva los derechos humanos (artículo 22 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes²⁷³).

Derivado del derecho a la educación, el derecho humano a la ESI ha sido expresamente reconocido por el país en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Al respecto, el país se comprometió a adoptar medidas para dar acceso a la información, la educación y los medios que les permitan eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, lo que implica garantizar los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (artículo 16 de la CEDAW); también se comprometió a adoptar políticas orientadas a la prevención de la violencia contra la mujer, por medio del diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerbaban la violencia contra la mujer (artículo 8, inciso b de la Convención Belem do Pará).

En cuanto al derecho al acceso a la información y a la salud, Costa Rica reconoció el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12 del PIDESC) lo cual incluye la salud sexual y reproductiva del ser, al respecto, el país se comprometió a brindar acceso a material informativo para contribuir a asegurar la salud y el bienestar de la familia, donde se incluye información y asesoramiento sobre planificación familiar con el propósito de eliminar la discriminación contra la mujer, la igualdad de derechos con el

²⁷² Ibidem.

²⁷³ Ibidem.

hombre en la esfera de la educación y asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (artículo 10 y 14 de la CEDAW). Así como tener acceso a la información, la educación y medios para ejercer el derecho a decidir de manera libre y responsable el número de hijos y el intervalo de los nacimientos con el propósito de eliminar la discriminación contra la mujer en el matrimonio y en las relaciones familiares, y asegurar la igualdad entre hombres y mujeres.

En el mismo sentido, pero con especial atención en la niñez y la adolescencia, el país se comprometió a brindarle a esta población información dirigida a promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental (artículo 17 de la CDN), así como a desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia (artículo 24 de la CDN).

En ese sentido, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos cobijan, de forma integral, tanto la libertad de educación para el respeto de las convicciones como el derecho a ser educado para el pleno desarrollo, lo que incluye la ESI.

4. Criterio de interpretación teleológica

El derecho preferente a escoger el tipo de educación que han de darle a sus hijos e hijas tiene como fin, de conformidad con lo expuesto en los capítulos anteriores, que los padres, madres y tutores/as legales perfeccionen el derecho/obligación que tienen de guiar la educación de los niños, niñas y adolescentes de conformidad con los parámetros supraconstitucionales y constitucionales que se establecen para el derecho a la educación, por esta razón, se les da una “prioridad” frente a terceras personas que vayan a intentar intervenir, lo mismo, en caso de que el Estado interfiera con un propósito distinto al cumplimiento del interés superior del niño/a.

Por un lado, el derecho de los padres, madres y tutores/as consistiría en poder escoger, con prioridad frente al Estado y frente a terceras personas, instituciones educativas de acuerdo a su afinidad, instruir a los niños, niñas y adolescentes en ideas, consideraciones u concepciones (pensamiento); en juicios para formular posiciones, desde la idea de moralidad, de la ética o de la religión (conciencia); y en credos religiosos y sus manifestaciones

(religión). Y por el otro lado, la obligación consistiría en darles los insumos para su pleno desarrollo según sus derechos humanos, con especial garantía de su interés superior y el particular derecho a ser escuchados/as, así como el respeto a sus libertades fundamentales.

En el caso en que el Estado dicte obligaciones que contradigan el derecho preferente a elegir el tipo de educación, podrá acudir al derecho a la objeción de conciencia que tienen como fin proteger la identidad que desarrolla y fortalece el ser humano a lo largo de la vida, y contribuir a la plena realización y perfeccionamiento de su dignidad.

En cuanto el derecho humano a la ESI, es un insumo fundamental para conocer sobre aspectos biológicos (cuerpo humano), psicológicos (emociones) y sociales (deberes y derechos) de la sexualidad humana, indispensables para la autodeterminación sexual y reproductiva de la persona, clave para la dignidad humana. La ESI tiene un impacto directo en la reducción de brechas dentro de la sociedad, ya que su finalidad recae en que las personas cuenten con la información necesaria sobre sexualidad y reproducción que les contribuya a gozar de forma plena y responsable de los derechos relacionados a ella.

5. Criterio de concordancia práctica o principio de proporcionalidad

A partir de las circunstancias concretas expuestas en la sentencia de la Sala Constitucional de la CSJ, número 10456 del 1 de agosto de 2012, donde se alegó el derecho preferente de los padres a dar una educación religiosa y moral de acuerdo a sus propias creencias y convicciones, frente a la incorporación de la ESI en la educación pública formal costarricense, la investigación realizará un ejercicio de aplicación del principio de proporcionalidad dirigido a dar una respuesta jurídica del conflicto desde una perspectiva de la teoría armonizadora nutrida por los cuatro criterios anteriores.

- Los fines y medios

Para que los fines (objeto) de los principios (normas) sean alcanzados, Alexy refiere a los medios como las acciones que deben ejecutarse para alcanzar el fin propuesto.

Para el caso del derecho preferente de padres, madres y tutores de escoger el tipo de educación que han de darle a sus hijos, hijas y representados/as; se tiene que su **objeto** es

que, a través de la autoridad parental, se les proteja a los niños, niñas y adolescentes las libertades de pensamiento, conciencia y religión, según las ha entendido esta investigación en capítulos anteriores, de forma prioritaria, frente a cualquier intervención por parte de una tercera persona, o bien, por parte del Estado ante medidas que atenten contra el interés superior del niño. La Sala Constitucional de la CSJ, consideró que el **medio** para hacer valer el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos e hijas, en materia de ESI, es a través de la objeción de conciencia que permite exceptuar a la persona estudiante de dicha materia.

Por otro lado, con respecto al derecho a la ESI de los niños, niñas y adolescentes, la investigación sintetiza su **objeto** en educar a la persona sobre aspectos biológicos, psicológicos, sociales y cognitivos de la sexualidad humana para que ésta pueda tomar decisiones informadas que contribuyan a fortalecer algunas de las condiciones necesarias para llevar una vida en condiciones de dignidad y reducir las brechas existentes en la sociedad. En cuanto al **medio**, el Relator de las Naciones Unidas en Educación, consideró la educación formal como un medio imprescindible para fortalecer la educación en general e incentivar la calidad de vida que forma parte esencial de un buen currículum. Así también es posible indicar otros medios educativos no formales, como campañas informativas y/o asesorías por parte de instituciones rectoras de la niñez y la salud.

- La idoneidad de los medios

Para determinar la idoneidad de los medios, Alexy refiere al procedimiento de discriminar aquellos medios no idóneos. A partir de esta premisa y, con base en la información descrita a lo largo de esta investigación, se considera que establecer el mecanismo de objeción de conciencia que da resultado la posibilidad de excluir a niños, niñas y adolescentes de la ESI impartida en el sistema de educación formal para hacer valer el derecho prevalente de los padres de elegir el tipo de educación de sus hijos no es un medio idóneo debido a la relevancia de los fines que el derecho humano a la ESI persigue.

El mecanismo de objeción de conciencia que excluye a los niños, niñas y adolescentes del acceso al derecho humano a la ESI impartida en el sistema formal educativo resulta violatorio de los derechos humanos de esta población y no se enfoca en garantizar el interés superior

del niño de manera integral, lo que contraviene instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de los que Costa Rica forma parte como la Convención de Derechos del Niño.

Si bien es cierto, es necesario establecer “un mecanismo de control parental”, como lo es el mecanismo de objeción de conciencia, para proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a posibles abusos o excesos en el uso del poder, en favor de políticas estatales o privadas destinadas a una potencial educación contraria al interés superior del niño o con miras al adoctrinamiento que vulneren la libre identidad del ser, su plena realización y su dignidad, tal y como ocurrió con Alemania durante el régimen nazi, no hay fundamento para sostener que este medio es válido para hacer valer el derecho a la libertad de educación frente al derecho humano a la ESI ya que no se asienta tampoco en garantizar el interés superior del niño de manera integral.

- La necesidad de los fines

En cuanto a la necesidad de los fines se exige que, de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado.

A partir del propósito que la teoría armonizadora propone y contemplando, paralelamente, los fines de la ESI, esta investigación considera que el derecho a la libertad de educación puede hacerse valer frente al derecho humano a la ESI por medios idóneos y benignos, tales como acciones de consulta, participación y supervisión que convoquen tanto a padres, madres y tutores, como a los niños, niñas y adolescentes, así como a la sociedad civil e instituciones públicas competentes; antes, durante y después de la construcción de la currícula, es decir, incluyendo el proceso educativo. Lo que significa que no se excluiría del todo la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes tengan acceso al derecho humano a la ESI, tal y como sucede con el mecanismo de objeción de conciencia.

Esto no se traduce a una imposibilidad de ejercer el papel de formadores por parte de las personas encargadas, sino que más bien “se trata de que puedan asumir realmente su tarea supervisando, complementando y acompañando lo que sus hijos e hijas aprenden en el colegio. Tarea que deberían asumir no solo con esta, sino con todas las materias, pues

también a través de las artes, la historia, la lengua, etc. se transmiten valores y principios morales.”²⁷⁴

No se puede olvidar lo necesario que es el fin que el derecho humano a la ESI formal persigue para los niños, niñas y adolescentes. En Costa Rica, al igual que en muchas partes del mundo, la construcción de la sociedad desde el patriarcado le ha violentado, principalmente a la mujer joven, e incluso a la adulta, el derecho a tener una vida libre de violencia sexual y reproductiva, esto ha impactado de forma negativa en la vivencia plena de muchos otros de sus derechos.

Un indicador con gran impacto sobre las niñas y adolescentes es asumir un rol de madres que no debería corresponderles. Ejemplo de ello es que, según datos del INEC, para el año 2008, 15.180 mujeres menores de veinte años habían sido madres, considerando que, de los diez a los diecinueve años, en Costa Rica, para ese año, había 405.428 mujeres en ese promedio de edad²⁷⁵, por lo que podría decirse que, por cada diez mil mujeres en ese promedio de edad, 374,4 fueron madres. Incluso un año antes de la adopción del Programa en el año 2011, la tasa fue de 346,6 madres adolescentes, lo cual hacía más indudable la necesidad de un programa para contribuir a la prevención del embarazo adolescente.

Además de esta necesidad no se puede dejar de lado la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes frente a las ITS, el VIH-SIDA, la violencia sexual, la discriminación y la reproducción de estereotipos que afianzan la posición de subordinación de la mujer frente al hombre, e incluso como parte de sus posesiones, debido a que se considera que su cuerpo está destinado para “ser para los otros”.²⁷⁶ Y es que, directamente o indirectamente, los derechos sexuales y reproductivos impactan en el ejercicio de otros derechos relacionados con diversos ámbitos de la vida como lo son los derechos sociales, económicos, civiles, políticos o culturales y que puede verse en una situación más complicada según la edad, la

²⁷⁴ Gabriela Arguedas Ramírez y otros, *Ibidem*, p. 63.

²⁷⁵ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *ibidem*.

²⁷⁶ Instituto Nacional de las Mujeres, *Primer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica*, Investigación, San José, Costa Rica: INAMU, 2011, p. 165.

identidad de género, la orientación sexual, el estado civil, el nivel de educación, la etnia, la religión, etc.

La necesidad de la ESI es más que evidente para las mujeres adolescentes por el contexto histórico-social, pero también para los niños y adolescentes hombres, quienes, también son víctimas de violencia sexual, relaciones impropias, ITS y de su masculinidad violenta que requiere, urgente y evidentemente, de formación, la cual debe estar a cargo del Estado y las personas adultas encargadas, además de tampoco estar preparados para asumir una paternidad responsable.

En síntesis, son los padres, madres y tutores/as quienes tienen el deber de educar a las niñas, niños y adolescentes, y este deber también es compartido en conjunto con el Estado, que tiene “la obligación inexcusable de garantizar una educación libre de prejuicios y estereotipos. La escuela, como espacio de socialización, favorece el acceso a perspectivas alternativas, por lo que los Estados y las familias tienen un rol complementario y no excluyente en cuanto a la educación sexual de las personas.”²⁷⁷

Aunado a ello, a su vez, el Estado también debe desplegar acciones dedicadas a tutelar el derecho a la libertad de educación de los padres frente a la ESI, imponiendo, como una obligación de terceros y del Estado mismo, la abstención de adoctrinamiento, ejecutando acciones destinadas a brindar ESI con contenido objetivo, científico, respetuoso, crítico, de calidad, plural, profesional y neutral. Esto para que se cumplan tanto los fines de la libertad de educación, así como los fines de la ESI misma.

- Proporcionalidad

En cuanto al grado de “afectación” del derecho preferente de los padres, madres y tutores de elegir el tipo de educación de sus hijos e hijas por la incorporación de la ESI en la educación formal, esta investigación concluye que no existen ningún grado de afectación a la libertad de educación, por tenerse que quienes ejercen la patria potestad pueden continuar transmitiéndole a sus hijos, hijas y representados/as las consideraciones necesarias, de

²⁷⁷ Ibidem, *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación*, párr. 72.

acuerdo a su libertad de pensamiento, conciencia y religión, en lo referente a la vida sexual y reproductiva, así como participar activamente en las acciones de consulta y supervisar los contenidos.

Por otra parte, en cuanto a la importancia de satisfacción del derecho humano a la ESI por medio de la educación formal, se trata de un derecho humano necesario para llevar una vida en condiciones de dignidad que encuentra sus raíces en compromisos que Costa Rica ha adquirido a través de Convenciones y otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como derivación tácita del derecho a la educación, a la salud y a la información y, a su vez, desprende y se interrelaciona con otra gran cantidad de derechos que, para su garantía, requieren de la ESI.

Por ejemplo, en primer lugar, la ESI contribuye a concienciar a los niños, niñas y adolescentes sobre su derecho a la autodeterminación en todo lo relacionado con el cuerpo y la sexualidad, lo cual incluye el derecho a decidir con quién compartir la vida y la sexualidad sin miedos, a gozar de una vida sexual satisfactoria, sana y placentera que comprende dar, sentir y recibir placer sin riesgos, estigmas ni discriminación; a ejercer la sexualidad de manera independiente a la capacidad reproductiva; a tener libertad de procreación para decidir el número e intervalo de hijos o la no procreación; así como, derecho al consentimiento, a una vida libre de violencia, de abuso sexual, violación, relaciones coitales prematuras, relaciones impropias, embarazos no deseados, infecciones de transmisión sexual, VIH/SIDA, prostitución como práctica laboral y maternidad adolescente.

En segundo lugar, la ESI contribuye a alcanzar el derecho a la igualdad y a la no discriminación basada en el sexo, la sexualidad o el género, promoviendo la igualdad en el acceso a los servicios de salud sexual y salud reproductiva de calidad y la igualdad en la responsabilidad de la conducta sexual.

En tercer lugar, la ESI permite el derecho a conocer sobre los métodos destinados a la planificación, fecundidad y prevención de las enfermedades de transmisión sexual; así como reconocer las situaciones sobre relaciones impropias, violencia sexual, violencia de género,

coerción, explotación con fines sexuales y para impulsar el derecho a la denuncia y reparación.

Como cuarto punto, la ESI afianza la conciencia en torno al acceso al derecho a los servicios de salud sin discriminación y gratuitos para madres e infantes, especialmente durante el embarazo y al momento del parto; a disfrutar del progreso científico en la medicina en lo relacionado a la sexualidad y la reproducción; al acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables de regulación de fecundidad; y, a la atención y tratamiento del VIH e infecciones de transmisión sexual.

Finalmente, la ESI contribuye a deconstruir la masculinidad patriarcal que ha generado impactos negativos en el desarrollo humano, como lo es la discriminación, las relaciones de poder y la violencia, e impulsa la generación de conocimientos oportunos, habilidades y destrezas para la toma de decisiones referentes a realizarse en una vida en condiciones de dignidad, al menos, en lo que refiere a la sexualidad y la reproducción.

Como análisis final de la proporcionalidad, es necesario justificar la importancia de satisfacción del derecho humano a la ESI versus la posible “afectación” o no satisfacción del derecho a la libertad de educación, que como se indicó, no se considera afectada frente a la incorporación de la ESI en la educación formal.

La importancia de materializar el derecho humano a la ESI se traduce no sólo en que las personas van a adquirir conocimientos necesarios, según su edad, para comprender aspectos biológicos de la sexualidad humana y de la suya misma, sino que, además, se informarán sobre la gran dimensión que abarca la sexualidad y la reproducción desde lo social y lo psicológico. Es decir, más allá de que los niños, niñas y adolescentes conozcan las partes de su cuerpo, deberían aprender sobre un sinnúmero de aspectos relativos a la sexualidad humana que sobrepasan lo meramente biológico, esto en el marco de un buen currículo educativo en materia de ESI.

En sentido contrario, restringir a una persona adolescente del conocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos que aporta la ESI significa poner en riesgo su derecho a la vida

digna, a la salud, a la información, a la libertad, la seguridad, la integridad, a la igualdad, a la no discriminación, a decidir sobre su cuerpo, etc.

La ausencia de ESI implica que estas personas perpetúen la vulnerabilidad de las mujeres, que se ha asumido como normal por siglos, así como naturalizar las masculinidades patriarcales que tanta violencia le han generado a la sociedad. Entre más temprano en edad se disponga de la ESI, probablemente se obtendrán resultados más efectivos en la prevención de conductas violentas y discriminatorias por razones de sexo, orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

Justificar el fin de excluir a la persona estudiante de recibir ESI, debido al ejercicio del derecho objeción de conciencia, amparándose en el derecho a la libertad de educación (artículo 26, inciso 3 de la DUDH), es considerado por esta investigación como un ejercicio extralimitado del derecho fundamental.

El Estado costarricense debe de garantizarle a la población menor de edad la ESI como parte de sus derechos humanos. La objeción de conciencia, entendida en los términos de esta investigación como la que tutela las convicciones de la persona, no abarca o no alcanza para excluir a una persona estudiante de la ESI, ya que el contenido de este tipo de educación no viene a contradecir las convicciones éticas, morales, religiosas o filosóficas de la persona, ni de sus representantes, sino que más bien, le da insumos para que, desde su ética, moral, religión o filosofía puede ejercer una sexualidad consciente, voluntaria y responsable. Es decir, las convicciones del ser no se verán afectadas con la ESI, sino que la persona, desde estas convicciones, podrá tomar decisiones informadas referentes a aspectos inherentes de su sexualidad y reproducción.

Finalmente, el Estado, al haber adquirido compromisos internacionales, no puede delegar la obligación de educar integralmente en sexualidad en los núcleos privados de familia, sino que debe ofrecer un abordaje público, apropiado a la edad. Ambos derechos, tanto el derecho a la libertad de educación como el derecho humano a la ESI, alcanzarán su máximo grado de realización en el tanto la ESI se ejecute libre de adoctrinamiento y desde una perspectiva

secular respetuosa de las diversidades culturales y las convicciones éticas, morales, religiosas y filosóficas.

Sección D: Crítica a la sentencia número 2012-10456 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

En la sentencia número 2012-10456 de las 17:27 horas del 1 de agosto de 2012, la Sala Constitucional declaró parcialmente con lugar el recurso de amparo respecto a la violación de la libertad de conciencia al implementar e impartir el Programa en el currículo educativo. Lo anterior, a partir del alegato del amparado acerca de una afectación al derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos por la omisión del MEP de darles participación, sin embargo, este extremo del amparo fue desestimado.

Básicamente, las fundamentaciones del por tanto radican en el siguiente argumento:

“se reconoce la actuación del Ministerio de Educación de proveer educación respecto de la materia que está incluida en el programa de estudio de “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” responde a la consecución de un fin constitucionalmente válido por parte del Estado, sin embargo, entiende el Tribunal que la imposición de dicho programa a todos los estudiantes sin excepción es un medio constitucionalmente excesivo para el logro de tal fin, pues tal imposición vacía de contenido el derecho fundamental reconocido a los padres o tutores en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, consistente en que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”²⁷⁸

Esto porque, según las personas juzgadoras, el Programa abarca cuestiones relativas a las conductas sexuales, ya que se agrega una dimensión formativa y afectiva que busca generar cambios de actitud que potencien el respeto y la promoción de la persona humana, lo cual implica inculcarle valores, conocimiento, concepciones, destrezas y habilidades frente al fenómeno de la sexualidad. Además, tienen por probada la violación a la libertad de conciencia a partir de la definición de educación para la afectividad y la sexualidad integral dada por el Programa, la cual indica: “(...) parte de que la misión de la sexualidad es el vínculo, desde dimensiones afectiva, corporal, ética y espiritual, con el apoyo y la promoción de la madurez emocional”²⁷⁹ donde entienden por lo espiritual lo relativo a los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida.

Finalmente, indican que:

²⁷⁸ Ibidem, Voto No. 10456, párr. XII.

²⁷⁹ Ibidem, párr. X.

“ante el hecho de que este tipo de enseñanza forma parte del acervo moral de los educandos e incide en su escala de valores, en sus creencias y en su conciencia, los padres que consideren que el contenido de guías sexuales afecta negativamente las creencias religiosas y filosóficas que quieren para sus hijos, no tienen la obligación de soportar una invasión de parte del Estado, en un ámbito que el Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reserva a la esfera de la relación padres e hijos.”²⁸⁰

Así las cosas, por estas razones la Sala Constitucional establece que el Ministerio de Educación o las autoridades competentes en su caso, deben proveer un mecanismo ágil y sencillo para que los padres, madres o tutores/as puedan excluir a sus hijos de la atención del Programa.

1. Comentarios al razonamiento de la sentencia

En Costa Rica, los intentos de impartir ESI en los centros educativos, históricamente, se han visto envueltos en intercambios de posiciones a favor y en contra, prueba de ello, es la sentencia sujeta a análisis que, de siete magistrados/as, cuenta con cuatro votos particulares con razones diferentes. Algunas de las posturas contra la ESI más usuales responden a razones ideológicas provenientes de los sectores costarricenses más conservadores, sin embargo, cuando se trata de un criterio que proviene de la máxima autoridad nacional para interpretar los derechos humanos fundamentales de la persona en Costa Rica, no era esperable un razonamiento que diera pie a la exclusión de niños, niñas y adolescentes de la ESI formal.

En general, a criterio de la investigadora y como resultado de la investigación, la sentencia 10456-2012 es contraria a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, no comprende la perspectiva de género, ni responde al interés superior del niño. A su vez, se queda corta en el análisis del conglomerado de derechos que atiende la ESI, centrándose más en el dilema jurídico en torno al derecho a la libertad de educación desde una visión adultocéntrica. La sentencia siembra la duda sobre si existió alguna influencia de carácter político – ideológico que, de alguna manera, condujo al fallo; o si se vio permeada por una visión religiosa, de naturaleza fundamentalista, de las personas juzgadas.

²⁸⁰ Ibidem.

Y es que, la implementación del Programa en el MEP se politizó. El tema alcanzó a llegar hasta los debates presidenciales y las votaciones de los concejos municipales, pero nunca se centró en el niño/a y sus derechos, sino que se trataba de manifestar el poderío adulto por sobre ellos/as y por sobre el fantasma construido de la “ideología de género”, llevando el tema desde la prensa y el escrutinio público, a lo judicial.

La sentencia, desde una visión salomónica, se convirtió en una “válvula de escape”²⁸¹ que aplacaba los ánimos y la presión ejercida por el sector conservador, pero que, a su vez, permitía implementar el Programa. Según datos del ex Ministro de Educación, Leonardo Garnier, fue un 2% de los/as estudiantes quienes fueron excluidos en su momento, sin embargo, los datos “pequeños” no son una razón suficiente para justificar el análisis de fondo realizado por la Sala en la resolución, donde no consideró, en ninguna de sus líneas, el interés superior del niño/a.

Respecto a temas de fondo, los razonamientos de la Sala son considerados como contrarios a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por las siguientes razones:

1. En primer lugar, la Sala liga lo “religioso y moral” con la ESI. Si bien es cierto, las religiones y los parámetros particulares de cada persona de moralidad pueden influir en la visión y en el ejercicio de la sexualidad, no hay razón para que el Estado permita una interferencia en una cuestión propia de derechos de los niños, niñas y adolescentes y su protección especial que deriva de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, los cuales, se comprometió a cumplir.

Dar pie a la posibilidad de tener el “derecho preferente” de excluir o permitir el acceso de niños, niñas y adolescentes que están en la educación formal, a la ESI, a partir del criterio que la educación religiosa y moral es sinónimo de ESI, es un error, “pues no se trata de una educación en “creencias religiosas” sino en criterios sociales de convivencia y respeto, caracterizados por un enfoque de derechos que no distingue por creencias o por particularidades, sino que son derechos humanos”²⁸².

²⁸¹ Leonardo Garnier Rímolo, entrevista de Denisse Martínez Arnúero. (17 de febrero de 2021).

²⁸² *Ibidem*

La Sala indicó que el Programa busca generar cambios en la actitud que se tiene hacia la sexualidad y esto da fundamento a una resolución a favor de la protección a la libertad de conciencia, por el vínculo que existe entre la actitud y el comportamiento, el cual sería impactado por una ESI que abarcaba una dimensión espiritual.

Sin embargo, más allá de este razonamiento, la justificación sostenida por las personas juzgadoras, bajo el supuesto de que la ESI no debería alcanzar la dimensión espiritual, entendida por ellos mismos como “los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida”²⁸³, desvirtúa algunos de los propósitos que tiene la educación en general, ya que la misma, no solamente busca dar contenido formativo para que en el futuro la persona estudiante sea un ciudadano económicamente productivo, sino que también trata de formar al estudiante para que sea una persona capaz de tomar decisiones responsables y concienciadas, basadas en sus propios derechos y en los derechos de las demás personas, lo que le permitirá poder convivir en sociedad.

Es decir, la educación debería ser entendida por el derecho como un proceso integral, que no solamente facilita conocimiento teórico a las personas estudiantes, sino que también conocimientos prácticos de la vida, que incluye valores éticos vinculados estrechamente con el derecho, tal y como lo son la responsabilidad, el respeto, la equidad, la justicia, la honestidad, etc., y que, si bien estos pertenecieran o no a la dimensión espiritual, aspecto que no alcanza a discutir la investigación, cumplen una función necesaria tanto en la ESI, como en cualquier otra rama educativa, como por ejemplo, la educación ciudadana, pero sobre todo en la vida de la persona y su desarrollo en sociedad.

En ese sentido, esta investigación sostiene un desacuerdo, en cuanto al extremo de excluir a la persona menor de edad de la ESI porque, en sí misma y por definición, aporta contenido relacionado con los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida, elementos necesarios en la educación en general y estrechamente vinculados con el derecho.

²⁸³ Ibidem.

Si se educa bajo la condición “como si se pudiera separar la educación que inculca valores de la que aporta conocimientos o desarrolla competencias”²⁸⁴ esta sería impracticable. La posición que manifiesta la Sala abre el portillo para que se permita excluir a los niños, niñas y adolescentes, ya no sólo de la ESI, sino también del resto de las materias si consideran que algo de lo que se ve en esas asignaturas alcanza “los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida”, qué sucederá, por ejemplo, con los contenidos de estudios sociales, filosofía o ciencias si hay quien considera que la teoría de la evolución contradice el génesis bíblico.

La sala sienta un precedente equivocado, peligroso, dañino y violatorio del contenido del derecho internacional. Si bien “el sistema educativo tiene que acoger la diversidad de la población, la currícula educativa no es a la carta”²⁸⁵. Si se parte de la riesgosa premisa de que la educación es permitida, siempre y cuando no se meta con lo espiritual que es igual a: “los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida” según la Sala, porque éstos se definen en el seno de cada familia, entonces podrían desencadenarse razonamientos justificados por la jurisprudencia, aún más extremistas. Por ejemplo, surge la incógnita si la Sala abrió un portillo para que se cuestione si ¿tendrán los padres, madres y encargados/as el derecho preferente de excluir a su los niños, niñas y adolescentes de la educación formal debido a que la educación brindada por el Estado, o por las instancias privadas autorizadas, no es acorde a sus valores, sus criterios éticos y el sentido de la vida?

Cabe destacar que los contenidos de la educación no son arbitrarios, los fines de la educación están claramente establecidos en los instrumentos de protección universales e interamericanos sobre los derechos humanos.

2. En segundo lugar, en la sentencia no se realiza un análisis en torno al interés superior del niño, inclusive realizando una búsqueda, el tema únicamente es abordado en los votos particulares, más la sentencia como tal no realiza un análisis de este, lo cual, a criterio de la investigadora, se considera una omisión grave de un principio que debe estar presente de manera transversal en toda sentencia donde hay de por medio cuestiones que le atañen

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Vernor Muñoz Villalobos, entrevista de Denisse Martínez Arnuero. (19 de febrero de 2021).

a niños, niñas y adolescentes, para que, antes de que se tome una medida respecto a esta población, primero se le promuevan y se le protejan sus derechos.

La ausencia de esta perspectiva en todo el fallo da como resultado una sentencia que podría considerarse contraria a la CDN e impugnabile a nivel del SIPDH. Tampoco la sentencia hace mención de mecanismos para facilitar el derecho de la niñez a ser escuchada, el cual se constituye como un derecho humano fundamental y específico para la niñez que responde la necesidad de protección y atención especial que merecen los niños, niñas y adolescentes por su condición etaria.

En ninguna oportunidad se evidencia o se deja constancia de que se hayan aplicado acciones para consultar a la niñez sobre su opinión respecto a aceptar la ESI como parte de la currícula educativa de la cual ellos/as mismos/as son usuarios/as. Lo cual significa una grave omisión, a criterio de esta investigación, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 12 de la CDN sobre el derecho a ser escuchado “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño” sin limitaciones, en sentido amplio e independientemente del asunto.

Mientras que se presente una potencial afectación o impacto a la niñez por los resultados de los procedimientos judiciales o administrativos, sean sobre cualquier asunto, deberían ser las personas juzgadoras quienes, en primer lugar, soliciten apersonar la representación infantil y adolescente para expresar su opinión. Así las cosas, la sentencia en mención es irruptora y violatoria de lo establecido por la CDN.

Esto permea la sentencia de una perspectiva adultocéntrica que consideró, a criterio de la investigación, únicamente, los intereses de padres, madres y encargados/as, más no los de la persona menor de edad, esto a pesar del texto aportado por la Defensoría de los Habitantes y el Patronato Nacional de la Infancia donde se hizo mención al principio del interés superior de niño.

Lo anterior, justifica la reiterada recomendación del Comité de Derechos del Niño a Costa Rica para que “a) Vele por que el principio del interés superior del niño se incorpore y

aplique de manera sistemática en los procedimientos administrativos y judiciales (...)”²⁸⁶, donde en el mismo sentido, en cuanto al respeto por las opiniones del niño, se continúa observando por parte del Comité un “enfoque paternalista de la sociedad que restringe la expresión de las opiniones del niño en la familia y en los foros públicos, y le impide participar de manera significativa en los procesos públicos de toma de decisiones”²⁸⁷ por lo que también recomienda al Estado que “a) Refuerce la observancia del derecho del niño a ser escuchado sin discriminación por motivos de edad, discapacidad, situación de pobreza, condición de migrante, solicitante de asilo o refugiado, o cualquier otra circunstancia, en los procedimientos administrativos y judiciales.”²⁸⁸

3. Otra consideración que debió tenerse presente fueron las consecuencias del fallo, específicamente, las consecuencias de ser excluido de la ESI. Habida cuenta de que quienes tienen la labor de educar a las niñas, niños y adolescentes, en primer lugar, son los padres, madres o tutores y, en segundo lugar, el Estado, no existe una garantía de que las personas menores de edad, al ser excluidas del Programa por objeción de conciencia, tendrán acceso al derecho humano de la ESI por otros medios. Lo cual, de conformidad con lo ampliado a través de la investigación podría privarle a la persona de un derecho humano fundamental que contribuye con otros derechos interrelacionados que le impulsan a desarrollarse integralmente y gozar de una vida digna.

La Sala no comprendió en su sentencia las consecuencias que “excluir a un o una estudiante de la ESI puede tener un impacto negativo sobre el resto de la sociedad, porque la educación no es “para el individuo que la recibe” sino también para las personas con las que convive, y para la sociedad en su conjunto”²⁸⁹. Si una persona, no comprende desde edad temprana, ya sea por la no educación o por la educación deficiente, que la vivencia de la afectividad y sexualidad debe ejercerse respetando los derechos de las otras personas, el impacto a mediano y largo plazo trae consecuencias para la persona misma, para terceros y para la sociedad en su conjunto.

²⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño, «Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Costa Rica.» Informe periódico, San José, 2020, párr. 18.

²⁸⁷ Ibidem, párr. 21.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Leonardo Garnier Rímolo, entrevista de Denisse Martínez Arnucero. (17 de febrero de 2021).

4. La Sala contraría las disposiciones expresadas por el Comité de Derechos del Niño en las Recomendaciones Generales, ya que, para efectos de la exclusión por medio de la objeción de conciencia, no se obliga a acudir a mecanismos que garanticen que los niños, niñas y adolescentes implicados sean considerados/as en la toma de la decisión, sino que basta que el trámite lo realicen las personas representantes legales de éstos/as. Lo cual, constituye una violación más a sus derechos, en especial, al derecho a expresarse y a ser escuchado/a.

El ex Relator de las Naciones Unidas para la Educación considera que el mecanismo de exclusión es violatorio a los derechos humanos, señalando que un menor tiene criterio y tiene juicio, y que su no consideración en la decisión violenta radicalmente la CDN, ya que le quita posibilidad de decidir. Afirma que “esta contienda de los derechos de los padres no puede leerse como una contradicción de los derechos humanos de las personas menores de edad.”²⁹⁰

Asimismo, la Sala desconoce lo dicho por el Comité de Derechos del Niño que, de forma expresa, ha manifestado que “los Estados deben velar por que no se prive a los adolescentes de ninguna información o servicios en materia de salud sexual y reproductiva como consecuencia de objeciones de conciencia de los proveedores”²⁹¹, lo cual, incluye ESI.

5. Finalmente, debe preguntarse si se pudo haber llegado a una solución más justa, lo cual, a criterio de esta investigación, la respuesta sería que sí es posible a partir de la propuesta de la teoría armonizadora de derechos, ya que considera que, al tratarse de dos derechos humanos debe procurarse no sacrificar uno a costa de otro, sobre todo cuando hay una pretensión que es consecuencia de un posible ejercicio extralimitado del derecho fundamental, que no justifica la exclusión del acceso a un derecho humano.

²⁹⁰ Ibidem, entrevista de Denisse Martínez Arnuero. (19 de febrero de 2021).

²⁹¹ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 15 Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2013, Párr. 69, Sitio web: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2020).

La diferenciación teórica y operativa entre las nociones de libertades públicas e individuales versus los derechos y obligaciones debe resultar en un equilibrio del derecho, “una cosa es que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos le digan a los padres, madres o tutores que tienen el derecho de escoger el tipo de educación y otra es que le digan que pueden conducir un sistema de educación pública según sus principios y valores religiosos”²⁹².

Con base en los anteriores argumentos, es posible concluir que la sentencia en mención no se adecúa a la CDN, por lo tanto, esta podría ser impugnada ante el SIPDH para que se le garantice a la niñez costarricense el derecho humano a la ESI y el derecho humano a ser escuchado/a.

²⁹² Vernor Muñoz Villalobos, *Ibidem*.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

1. La investigación considera la ESI como un derecho humano en sí mismo con todas las características que estos poseen, que deriva del derecho a la educación y consiste en el derecho de la persona a acceder al conocimiento sobre aspectos biológicos (cuerpo humano), psicológicos (sentimientos) y sociales (deberes y derechos), vinculados con la sexualidad humana, dimensión inherente y fundamental del ser. La justificación de esta conclusión radica en el derecho humano de la persona a su autodeterminación sexual y reproductiva, clave de su dignidad, que contribuye a que esta goce de forma plena y responsable de los derechos asociados a ella, lo que finalmente, producirá un impacto directo en la reducción de brechas dentro de la sociedad.
2. Por otra parte, se entienden las libertades de pensamiento, conciencia y religión como derechos interrelacionados, pero que tutelan bienes jurídicos independientes, a saber:
 - a) la libertad de pensamiento tiene por objeto la tutela del ideario para la libre generación de cualquier tipo de ideas, consideraciones u concepciones en el pensamiento humano respecto a cualquier asunto, es decir, refiere a la generación de ideas de todo tipo, tanto religiosas, como laicas. Se asocia con la libertad de expresión, la cual, ante un abuso del derecho podría ser penada y puede ser vulnerada en situaciones de adoctrinamiento o censura que impidan un libre pensamiento y expresión, incluyendo en el ámbito educativo;
 - b) la libertad de conciencia tiene como objeto las convicciones que rigen el actuar, lo que tutela es el juicio, dictamen o decisión desde el libre pensamiento moral, ético, religioso o filosófico del ser humano para una actuación acorde con ello. Puede hacerse valer a través de mecanismos de objeción de conciencia y se vería vulnerada ante la obligación inobjetable de obedecer o atender las disposiciones de las autoridades que vayan en contra de las convicciones, haciendo la salvedad de las excepciones que rigen cuando el ejercicio de esta libertad raya con la garantía de los derechos de otras personas o cuando se debe garantizar el bienestar general de la sociedad;

- c) la libertad de religión tiene como objeto la tutela del credo religioso para que el ser humano se identifique con cualquier credo religioso o con ninguno y pueda realizar las manifestaciones atinentes a su credo. La libertad de manifestar la religión deberá respetar los parámetros del derecho y puede ser vulnerada con la imposición de una única religión, la prohibición de pertenecer a otras religiones o el impedimento de la práctica religiosa.
3. Paralelo a las libertades de pensamiento, conciencia y religión está el derecho preferente de los padres, madres y tutores a elegir el tipo de educación de sus hijos, hijas o representados/as, conocido como libertad de educación, que se entiende como un derecho derivado de una responsabilidad: la responsabilidad de brindar educación que, al ser compartida con el Estado, admite, como potestades de este privilegio en materia educativa, que quien represente al niño, niña o adolescente, tenga el derecho a elegir, por sobre terceras personas y el Estado, el centro educativo de acuerdo con su afinidad y la educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones derivadas de sus libertades de pensamiento, conciencia o religión.

Consiste en un mecanismo de “control parental” que otorga una prioridad, mas no es absoluta o excluyente de la responsabilidad educativa del Estado. El derecho preferente de los padres, madres y tutores a elegir el tipo de educación de sus hijos, hijas o representados/as debe estudiarse a la luz del conglomerado de derechos humanos que cubre a la niñez costarricense, en ese sentido debe incluirse la garantía de derechos como el derecho a ser escuchados/as y la libertad de expresión que cubre a la niñez.

El derecho preferente de los padres, madres y tutores a elegir el tipo de educación de sus hijos, hijas o representados/as, circunscrito a la libertad de elegir centro educativo de acuerdo con su afinidad y una educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones derivadas de sus libertades de pensamiento, conciencia o religión, no puede desligarse del reconocimiento de la autonomía progresiva, por lo que la autoridad parental deberá procurar y respetar el desarrollo progresivo de las competencias y capacidades del niño, niña o adolescentes conforme estos van creciendo y desarrollándose, desde el ámbito

de la familia, la sociedad y el Estado, lo cual obliga a todos estos actores a consultarles, escucharles y a considerar sus opiniones en todo momento.

En conclusión, el alcance de este “derecho preferente” está limitado por los mismos fines que busca el derecho a la educación, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (la búsqueda del pleno desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, a favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones, etnias y religiones, y a promover el mantenimiento de la paz) y también por los mismos derechos humanos de la niñez y su interés superior.

4. Las anteriores consideraciones, permiten concluir que no existiría violación al derecho preferente de los padres, madres y tutores a elegir el tipo de educación de sus hijos, hijas o representados/as, con la implementación de la ESI en el sistema educativo formal ya que esta investigación considera que la ESI, basada en contenidos biológicos (cuerpo humano), psicológicos (sentimientos) y sociales (deberes y derechos) de la sexualidad humana, escapa de lo que este “derecho preferente” considera, debido a que la misma no comprende enseñanza religiosa y no busca obstruir o entorpecer la libertad de instruir que tienen los padres, madres y tutores, a las personas menores de edad sobre las ideas, consideraciones u concepciones (pensamiento); los juicios para formular posiciones, desde la idea de moralidad, de la ética o de la religión del ser (conciencia); o en sus credos religiosos y sus manifestaciones (religión); sino que viene a complementarla a través de su propósito de brindar insumos para que los niños, niñas y adolescentes cuenten con la información necesaria sobre sexualidad y reproducción que les contribuya a gozar de forma plena y responsable de los derechos relacionados con ella, lo que considera los derechos propios y los deberes para con las demás personas.

En ese sentido, cuando la currícula educativa formal sea respetuosa de las libertades de pensamiento, conciencia y religión de sus estudiantes o bien, los representantes de estos/as, y se desarrolle y se ejecute desde: a) una perspectiva secular; b) libre de adoctrinamiento; y c) con respeto de la diversidad del pensamiento, la conciencia y las

religiones; no procederá la exclusión de los niños, niñas y adolescentes de la ESI, a través de la objeción de conciencia, amparándose en dicho derecho preferente.

Justificar la exclusión de niños, niñas y adolescentes estudiantes de recibir ESI, alegando el derecho a la libertad de educación (artículo 26, inciso 3 de la DUDH), a través de la objeción de conciencia, es considerado por esta investigación como un ejercicio extralimitado del derecho fundamental, a menos que se esté incumpliendo con lo indicado en los puntos a, b, c y d del párrafo anterior. De otra manera, es obligación supraconstitucional del Estado costarricense garantizar a los niños, niñas y adolescentes, de todos los niveles educativos, la ESI como parte de sus derechos humanos, a través de los medios más idóneos, tal y como lo es la educación formal.

Excluir la ESI de la educación formal, delegando la obligación de educar integralmente en sexualidad exclusivamente a los núcleos privados de familia, causaría un incumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Costa Rica forma parte. Aunque lo ideal es que la educación sexual se imparta en el seno de la familia por la cercanía con los niños, niñas y adolescentes, se hace imposible para el Estado conocer si la autoridad tutiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, incluye la formación en sexualidad de forma integral, es por ello que el Estado, como parte de sus obligaciones de dar protección especial a la niñez, debe optar por las medidas a favor del interés superior de todos los niños, niñas y adolescentes, lo que incluye la ESI.

Utilizar el mecanismo de objeción de conciencia para excluir a niños, niñas y adolescentes de un derecho humano que proporciona información vital y que contribuye al desarrollo de una vida en condiciones de dignidad desde el ámbito sexual y reproductivo, es una manifestación que favorece a continuar perpetuando el machismo.

Justificar la objeción de conciencia bajo la idea de que la ESI aporta contenido relacionado con los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida, tal y como lo justificó la Sala Constitucional de la CSJ en Costa Rica, desconoce el propósito mismo de la ESI y de la educación en general. La ESI aporta insumos para que la persona, desde sus convicciones,

pueda ejercer la sexualidad y la reproducción consciente, voluntaria y responsable. La ausencia de ESI disminuye las posibilidades de prevenir, detectar, denunciar e impedir actos discriminatorios y violentos que vulnerabilizan a la persona y le impiden gozar de una sexualidad plena y, por ende, de una vida digna.

Los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derechos requieren de medidas de protección que les permita optar por el disfrute de una vida digna en su ámbito sexual y reproductivo, el no garantizar estos derechos, se les coloca en posición de desventaja en razón de su condición etaria, respecto a la posibilidad de exigir de forma plena sus derechos, y como consecuencia eventual, pueden estar expuestos a situaciones desfavorables donde se vulneran sus derechos y que, potencialmente, generan impactos negativos para la persona y para la sociedad, inclusive.

En el caso en que el Estado dicte la ESI desde una perspectiva que contradiga el derecho preferente de padres, madres y tutores y estudiantes, es decir, dictada desde una dirección religiosa específica, de adoctrinamiento, que no respete las libertades de pensamiento, conciencia o religión, se podrá acudir a los mecanismos de objeción de conciencia para la protección de las libertades de pensamiento, conciencia y religión del estudiante, de otra forma, permitir la exclusión del estudiante de la ESI bajo ninguno de los supuestos anteriores significa oponerse al propósito mismo de la educación y a un derecho humano que poseen todos los niños, niñas y adolescentes.

Por tanto, los cuatro puntos anteriores, permiten demostrar la hipótesis de que, en el contexto particular de incorporación de la ESI en la educación formal, en Costa Rica y en otros países de la región, los padres, madres y tutores asumen prácticas adulto-centristas (basados en sus libertades de pensamiento, conciencia y religión) para con sus hijos e hijas que omiten el pleno desarrollo de la personalidad, el fortalecimiento del respeto a los derechos y las libertades fundamentales de la niñez, lo que por ende, son prácticas violatorias de derechos humanos.

Esta investigación concluye que con la implementación de la ESI en el sistema educativo formal, no existe una violación al derecho preferente de los padres/madres/tutores a elegir el

tipo de educación de los niños, niñas y adolescentes en ninguno de los extremos que este derecho comprende, a saber: la prioridad de elegir en qué tipo de institución educarles y a brindarles educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones; siempre y cuando se dicte desde una perspectiva secular, es decir, no se dicte desde una religión, esté libre de medidas de adoctrinamiento, se imparta con respeto, sin ánimo de obstruir o entorpecer la diversidad del pensamiento, la conciencia y las religiones, y permita mecanismos de participación y escucha a padres, madres, tutores y, sobre todo, a estudiantes. Restringir el acceso a la ESI cuando se está en cumplimiento de estos supuestos significa una violación a un derecho humano.

El “derecho preferente” debe ser entendido más como un derecho-deber de primera instancia que poseen quienes ejercen la autoridad parental o tutoría y no como una elección exclusiva de estos que les permite, incluso, tomar acciones contrarias al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y sus derechos humanos.

Finalmente, la investigación es contundente con la idea de que la sentencia 10456-2012 de la Sala Constitucional de la CSJ es contraria a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto los universales, como los interamericanos, asimismo, contraviene la jurisprudencia de la Corte IDH; con lo que el país se arriesga a una eventual sanción.

Recomendaciones

Dadas las anteriores conclusiones, se recomienda lo siguiente:

1. Se extienda la ESI a todos los niveles educativos desde preescolar hasta la secundaria, tomando las consideraciones necesarias para que sea apropiada, según la edad del niño, niña y adolescente.
2. Se formule desde una perspectiva de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, en procura del interés superior del niño, así como desde una perspectiva de género para reducir las brechas de desigualdad de las mujeres con los hombres y protegerlas de la discriminación y la violencia. Lo anterior, según las observaciones generales de los

comités que dan seguimiento a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

3. Se lleven a cabo mecanismos de participación, escucha y supervisión, antes y durante la construcción de la currícula, e incluso, durante el proceso educativo, que convoquen a padres, madres y tutores, niños, niñas y adolescentes, así como a los sectores dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes como la sociedad civil y las instituciones públicas competentes, para que sea un proceso democrático, inclusivo y participativo.
4. Se imparta la ESI, desde una perspectiva secular, libre de adoctrinamiento, con respeto de la diversidad de pensamientos, conciencias y religiones.

Bibliografía

- Alcoberro, Ramón. «Filosofía i pensament.» *Comentarios al articulado de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. s.f. <http://www.alcoberro.info/comentarios-al-articulado-de-la-declaraci%C3%B3n-universal-de-derechos-humanos.html> (último acceso: 18 de agosto de 2019).
- Alegre, Marcelo. *¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva*. s.f. Documento de sitio web: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/. (último acceso: 25 de marzo de 2019).
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alvarado, Fabricio, entrevista de Alfonso Mata Blanco. *Seis candidatos suprimirían diversidad de programa de educación sexual del MEP* (11 de diciembre de 2017).
- Álvarez De Santi, Antonio, entrevista de Alfonso Mata Blanco. *Seis candidatos suprimirían diversidad de programa de educación sexual del MEP* (11 de diciembre de 2017).
- Aráuz Heríquez, María José. «La autoridad parental de tránsito hacia la humanización de los derechos de la niñez y la adolescencia, cambio de paradigma.» *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2018: Volumen 29 (1).
- Arce, Celin. *Educación sexual en los centros educativos y derechos humanos*. 7 de marzo de 2018. Sitio web: <https://semanariouniversidad.com/opinion/educacion-sexual-los-centros-educativos-derechos-humanos/> (último acceso: 2 de junio de 2018).
- Arguedas Ramírez, Gabriela, y otros. *El derecho humano a la educación para la afectividad y la sexualidad integral: contribuciones para una reforma educativa necesaria*. Editado por Vernor Muñoz y Carmen Ulate. Heredia, Costa Rica: Universidad Nacional de Costa Rica, 2012.
- Armijo, Gilbert. *Derechos Emergentes en la Justicia Constitucional*. sin fecha. <https://studylib.es/doc/262931/derechos-emergentes-en-la-justicia-constitucional> (último acceso: 21 de octubre de 2018).
- Arroyo Navarrete, Larissa. «Tesis para optar por el grado de Licenciatura.» *El derecho a la educación integral para la sexualidad de las y los adolescentes en Costa Rica desde la perspectiva de género*. febrero de 2008. (último acceso: 13 de agosto de 2020).
- Asamblea Constituyente del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador, 2008.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Sinalevi:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017).

- . *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=6606&strTipM=TC&lResultado=7&strSelect=sel (último acceso: 15 de mayo de 2018).
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=0&strTipM=FN (último acceso: 20 de octubre de 2017).
- . *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (último acceso: 10 de septiembre de 2018).
- . *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. 3 de septiembre de 1981.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley No. 2160 Ley Fundamental de Educación*. 25 de septiembre de 1957. Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=31427&nValor3=33152&strTipM=FN (último acceso: 1 de abril de 2018).

- . *Ley No. 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia*. 6 de febrero de 1998. Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43077&nValor3=0&strTipM=TC (último acceso: 5 de mayo de 2019).
- . *Ley No. 5476 Código de Familia*. 5 de agosto de 1984. Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=FN (último acceso: 16 de octubre de 2019).

Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. 8 de noviembre de 1949. Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017).

Buaiz V, Yuri Emilio. *La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. 2003. Documento de

sitio web:

https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf (último acceso: 11 de noviembre de 2020).

- Burgos Mata, Álvaro. *Visita íntima y jurisdicción penal juvenil en Costa Rica*. 2004. Sitio web: www.scielo.sa.cr/scielo.php%3Fscript%3Dsci_arttext%26pid%3DS1409-00152004000200008+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cr (último acceso: 12 de marzo de 2018).
- Campos García, Shirley. «La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia.» *Revista IIDH No. 50*, 2009.
- Cardozo, Gisela, y Alejandro Michalewicz. «El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación.» *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia No.82*, 2017: 3.
- Cardús, Salvador, y otros. *Los laberintos de la educación*. Barcelona: Gedisa S.A., 2013.
- Carpizo, Jorge. «Los Derecho Humanos: Naturaleza, denominación y características.» *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio-diciembre 2011: 6.
- Castillo Córdova, Luis. «El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo.» *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n.14*, 2010: 89-118.
- Cerruti, Stella. *La educación sexual en el sistema educativo Uruguayo hoy. Concepto, filosofía y objetivos*. 2 de julio de 2007. Documento de sitio web: <http://www.anep.edu.uy/anep/phocadownload/EducacionSexual/La%20educacion%20sexual%20en%20el%20sistema%20educativo%20publico%20uruguayo.pdf> (último acceso: 8 de abril de 2018).
- Cervantes G, Luis Francisco. *Los principios generales sobre la libertad religiosa en la jurisprudencia de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos*. s.f. Documento de sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26333.pdf> (último acceso: 20 de abril de 2019).
- Cianciardo, Juan. «Revista de derecho de la Universidad de Montevideo.» *La jerarquización de los derechos*. s.f. Documento de sitio web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cianciardo-La-jerarquizacion-de-los-Derechos.pdf> (último acceso: 29 de marzo de 2020).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 17/2002. "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"*. 28 de agosto de 2012. Documento de sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (último acceso: 14 de diciembre de 2017).

- Comité de Derechos del Niño. *Observación General No. 1 Propósitos de la educación*. 2002. https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html#GEN1 (último acceso: 5 de agosto de 2020).
- . *Observación General No. 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. 2007. https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html#GEN1 (último acceso: 7 de octubre de 2020).
- . *Observación General No. 4 La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de Derechos del Niño*. 2003. https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html (último acceso: 5 de septiembre de 2020).
- . *Observación General No. 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. 2011. <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2020).
- . *Observación General No. 15 Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 2013. <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2020).
- . *Observación General No. 12 El derecho del niño a ser escuchado*. 12 de junio de 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- . *Observación General No. 3 El VIH/SIDA y los derechos del niño*. 2003. https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html (último acceso: 4 de marzo de 2021).
- . *Observación General No. 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*. 21 de agosto de 2006. Sitio web: https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/Gc8_sp.doc. (último acceso: 06 de marzo de 2020).
- . «Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Costa Rica.» Informe periódico, San José, 2020.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 2000. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement> (último acceso: 25 de agosto de 2020).

- . *Observación General No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. 2 de mayo de 2016.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=es (último acceso: 4 de marzo de 2021).
- . *Observación general No. 13 Derecho a la educación*. 1999. <https://www.right-to-education.org/es/resource/observaciones-generales-13-el-derecho-la-educaci-n-articulo-13> (último acceso: 26 de agosto de 2019).
- Comité de Derechos Humanos. *Observación general No. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. 1993. Sitio web: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN22 (último acceso: 15 de enero de 2018).
- . *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos*. 1993.
https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN22 (último acceso: 27 de agosto de 2019).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. «Comité CEDAW.» *Recomendación general N° 36 sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación*. 27 de noviembre de 2017. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html (último acceso: 3 de marzo de 2021).
- Contreras Nieto, Miguel Ángel. *El derecho al desarrollo como Derecho Humano*. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2000.
- . «Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.» *10 Temas de derechos humanos*. 2002. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4813-10-temas-de-derechos-humanos> (último acceso: 24 de octubre de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-388/09*. 28 de mayo de 2009. Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (último acceso: 9 de abril de 2019).
- . *Sentencia C-085/16*. 24 de febrero de 2016. Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-085-16.htm> (último acceso: 15 de septiembre de 2019).
- . *Sentencia No. T-440/92*. 2 de julio de 1992. Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-440-92.htm> (último acceso: 29 de septiembre de 2019).

- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 003-18-PJO-CC*. 27 de junio de 2018. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/003-18-PJO-CC/REL_SENTENCIA_003-18-PJO-CC.pdf (último acceso: 8 de septiembre de 2019).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia: Atala Riffo y niñas versus Chile*. 24 de febrero de 2012. Sitio web: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e (último acceso: 15 de junio de 2018).
- Cortes Cortes, Rodrigo Humberto, y Javier Antonio Valladares Ljubetic. *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*. 2014. Sitio web: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129831/Libertad-de-pensamiento-y-derechos-conexos.pdf?sequence=1> (último acceso: 2018 de mayo de 1).
- Crhoy.com. *Municipalidad de San José rechaza Programa de educación sexual*. 14 de febrero de 2018. <https://www.crhoy.com/nacionales/municipalidad-de-san-jose-rechaza-programa-de-educacion-sexual/> (último acceso: 4 de diciembre de 2019).
- Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina. *El derecho a la educación sexual integral (ESI)*. marzo de 2017. Sitio web: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-derecho-la-educacion-sexual-integral-esi> (último acceso: 15 de abril de 2018).
- Diccionario Etimológico español en línea. *DeChile*. 2001. Sitio web: <http://etimologias.dechile.net/?patria> (último acceso: 14 de julio de 2019).
- Dirección General de Servicio Civil. *Manual descriptivo de especialidades docentes*. 14 de julio de 2020. http://www.dgsc.go.cr/ts_clase_docente/Especialidades%20Docentes/Religion.pdf (último acceso: 9 de enero de 2021).
- Donnelly, Jack. *Derechos humanos universales: teoría y práctica*. México: Gernika, 1998.
- Duarte Quapper, Klaudio. *¿Juventud o juventudes? Versiones, trampas, pistas y ejes para acercarnos progresivamente a los mundos juveniles*. 2001. Sitio web: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/121857/Juventud_o_juventudes_versions.pdf?sequence=1 (último acceso: 2018 de abril de 28).
- Escobar Delgado, Ricardo. «Los Derechos Humanos: concepto, visión y recorrido.» *Revista Republicana*, julio - diciembre 2011: 89-90.
- Flores Rivas, Juan Carlos. «Derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno.» *Estudios constitucionales*, 2014 Vol. 12 No. 2: Scielo: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000200005&script=sci_arttext.

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Superando el adultocentrismo*. noviembre de 2013. Documento de sitio web: <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2012/12/UNICEF-04-SuperandoelAdultocentrismo.pdf> (último acceso: 20 de enero de 2018).
- Garnier Rímolo, Leonardo, entrevista de Denisse Martínez Arnuero. (17 de febrero de 2021).
- Gomes Da Costa, Antonio Carlos. «IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia.» *Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina*. octubre de 1995. Documento de sitio web: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/.../dereninezunicef.pdf (último acceso: 29 de julio de 2019).
- González Merlano, Gabriel. *La Libertad Religiosa y la Libertad de Conciencia. Jornadas la libertad religiosa en la sociedad pluralista*. Montevideo, Uruguay: Universidad Católica del Uruguay, 2014.
- Grau, Ignasi. *OIDEL*. 15 de diciembre de 2015. https://oidel.wordpress.com/2015/12/15/sobre-como-se-llego-a-los-padres-tendran-derecho-preferente-a-escoger-el-tipo-de-educacion-que-habra-de-darse-a-sus-hijos/#_ftn1 (último acceso: 24 de agosto de 2019).
- Guillén, Waynner, entrevista de Patricia Recio. *Colegio de Psicólogos ratifica apoyo a clases de Afectividad y sexualidad del MEP* (7 de febrero de 2018).
- Guttmacher Institute. *De la Normativa a la Práctica: la Política de Educación Sexual y su Implementación en el Perú*. 2017. Sitio web: <https://www.guttmacher.org/es/report/politica-de-educacion-sexual-peru> (último acceso: 8 de abril de 2018).
- Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de junio de 2020).
- Hervada Xiberta, Javier. *Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia*. 30 de octubre de 1992. Documento de sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2117357.pdf> (último acceso: 19 de abril de 2018).
- Institut de Drets Humans de Catalunya. *Proyecto de carta de derechos humanos emergentes*. 2009. Documento de sitio web: <https://www.idhc.org/arxiu/recerca/DUDHE.pdf> (último acceso: 20 de octubre de 2018).
- Instituto de Investigación en Educación Instituto de Investigación en Educación. *Instituto de Investigación en Educación de la UCR a favor de los Programas de Educación para la Afectividad y la Sexualidad Integral*. 7 de marzo de 2018. Sitio web:

<https://www.ucr.ac.cr/noticias/2018/03/07/instituto-de-investigacion-en-educacion-de-la-ucr-a-favor-de-los-programas-de-educacion-para-la-afectividad-y-la-sexualidad-integral.html> (último acceso: 17 de junio de 2018).

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. «INEC Costa Rica.» *Total de nacimientos por peso al nacer, según meses de embarazo y grupos de edades de la madre. 2005-2011*. Sitio web de INEC:
http://inec.cr/estadisticas?keys=EMBARAZO&fuente_tid=All&field_perodo_tid=All&field_anio_documento_value%5Bvalue%5D%5Bdate%5D=2011 (último acceso: 27 de noviembre de 2019).

Instituto Nacional de las Mujeres. *Primer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica*. Investigación, San José, Costa Rica: INAMU, 2011.

—. *Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica*. Investigación, San José, Costa Rica: INAMU, 2019.

Isique Montalvo, Martha Deicy. *Los conflictos entre derechos fundamentales y los métodos de resolución*. s.f. Documento de sitio web:
http://www.ussvirtual.edu.pe/Documentos/derecho/produccionjuridica/200902/LOS_CONFLICTOS_ENTRE_DERECHOS_FUNDAMENTALES_Y_LOS_METODOS_DE_RESOLUCION.doc. (último acceso: 18 de marzo de 2020).

Krauskopf, Dina. *Dimensiones críticas en la participación social de las juventudes*. 1998. Documento de sitio web:
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cyg/juventud/krauskopf.pdf> (último acceso: 20 de enero de 2018).

López, Óscar, entrevista de Alfonso Mata Blanco. *Seis candidatos suprimirían diversidad de programa de educación sexual del MEP* (11 de diciembre de 2017).

Magistris, Gabriela. «Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho: tensiones y compatibilidades.» *XIX Congreso Panamericano del Niño. Instituto Interamericano del Niño*. México DF: Instituto Interamericano del Niño, 2004. 12.

Martín Sánchez, Isidoro. *Algunos supuestos controvertidos de la objeción de conciencia*. 2009. Documento de sitio web:
www.imdee.com/descargas/archivos/02_11_11_927.pdf (último acceso: 25 de marzo de 2019).

Meza Altamirano, Laura. *Ministerio de Educación Pública*. s.f.
https://www.mep.go.cr/sites/default/files/recursos/archivo/dia_del_nino.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

- Ministerio de Salud. *II Encuesta nacional de salud sexual y salud reproductiva*. 2016. <https://ccp.ucr.ac.cr/documentos/portal/Informe-2daEncuesta-2015.pdf> (último acceso: 14 de enero de 2019).
- Ministerio de Salud y otros. *Plan Nacional de Prevención del Embarazo en Adolescentes en Ecuador*. 2010. [http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Plan%20de%20prevenci%C3%B3n%20del%20embarazo%20en%20adolescentes%20\(Ecuador\).pdf](http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Plan%20de%20prevenci%C3%B3n%20del%20embarazo%20en%20adolescentes%20(Ecuador).pdf) (último acceso: 8 de septiembre de 2019).
- Ministerio del Interior. «Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.» *Decreto 1150: Texto de la Constitución Política de la República de Chile*. 24 de octubre de 1980. Documento de sitio web: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf. (último acceso: 15 de octubre de 2019).
- Muñoz Villalobos, Vernor, entrevista de Denisse Martínez Arnuero. (19 de febrero de 2021).
- Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación*. 23 de julio de 2010. Documento de sitio web: www.movilh.cl/.../Derecho%20humano%20a%20la%20educaci%C3%B3n%20sexual.pdf (último acceso: 15 de enero de 2018).
- . *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. 13 de septiembre de 1994. Documento de sitio web: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf (último acceso: 28 de febrero de 2018).
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Indicadores de Derechos Humanos*. 2012. Documento de sitio web: www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf (último acceso: 28 de febrero de 2018).
- . *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo*. 2006. Documento de sitio web: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf> (último acceso: 28 de febrero de 2018).
- . *Qué son los derechos humanos? 1996-2018*. Sitio web: <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx> (último acceso: 2 de octubre de 2018).
- Olmos Ortega, María. *El derecho a la libertad religiosa: un tema de nuestro tiempo*. s.f. Documento de sitio web: <http://www.ligaproderechoshumanos.org/articulos/maria-elena-olmos-ortega.pdf> (último acceso: 1 de abril de 2018).

- Organización de Estados Americanos. «OEA.» *Protocolo de San Salvador*. 17 de noviembre de 1988. <https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> (último acceso: 2 de marzo de 2021).
- . «OEA.» *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. 6 de septiembre de 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> (último acceso: 2 de marzo de 2021).
- . «OEA.» *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (último acceso: 4 de marzo de 2019).
- . «OEA.» *Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*. 30 de abril de 1948. Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15384&nValor3=16492&strTipM=FN (último acceso: 15 de octubre de 2017).
- Organización de las Naciones Unidas. «Naciones Unidas.» *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945. <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html> (último acceso: 2 de agosto de 2018).
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *Educación Integral de la Sexualidad*. 2014. Documento de sitio web: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002328/232800S.pdf> (último acceso: 2018 de marzo de 11).
- . *Educación Sexual Integral*. febrero de 2013. Documento de sitio web: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002217/221729s.pdf> (último acceso: 25 de marzo de 2018).
- . *Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad*. 2010. Documento de sitio web: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183281e.pdf> (último acceso: 28 de febrero de 2018).
- . *Por qué es importante la educación integral en sexualidad*. 15 de febrero de 2018. Sitio web: <https://es.unesco.org/news/que-es-importante-educacion-integral-sexualidad> (último acceso: 15 de abril de 2018).
- . *Sitio oficial de la UNESCO*. 2017. <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/about/> (último acceso: 5 de septiembre de 2020).

- Organización Iberoamericana de Juventud. *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*. 1 de marzo de 2008.
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6258.pdf> (último acceso: 15 de septiembre de 2018).
- Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud. *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción*. 22 de mayo de 2000.
http://www1.paho.org/spanish/hcp/hca/salud_sexual.pdf?ua=1 (último acceso: 13 de diciembre de 2018).
- Orrego Sánchez, Cristóbal. «Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral.» *Revista Chilena de Derecho* v.37 n.2, 2010: 311-342.
- Orta García, María Elena. *Propuesta de modificación a la denominación y regulación de la patria potestad*. 14 de octubre de 2008. Documento de sitio web:
www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/.../PATRIA_POTESTAD.pdf (último acceso: 14 de julio de 2019).
- OXFAM. *Los 10 derechos del niño y de la niña*. s.f. <https://blog.oxfamintermon.org/los-10-derechos-del-nino/> (último acceso: 22 de noviembre de 2021).
- Oxford University Press. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- Papayannis, Diego. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. 2013.
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=2ahUKEwjct6ONvZ7hAhXis1kKHf4LAM8QFjAJegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fpublicaciones%2Flibros%2Fpdf%2Fla-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino%2F012-papayannis-concie> (último acceso: 25 de marzo de 2019).
- Peces-Barba, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Madrid, España: Debate, 1980.
- Pérez Contreras, María de Montserrat. «Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.» *Derecho de familia y sucesiones*. 2010. Documento de sitio web:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/1.pdf> (último acceso: 8 de julio de 2019).
- Pérez Vargas, Victor. «Cijul en línea.» *El contenido de la patria potestad*. 21 al 24 de noviembre de 1983. Documento de sitio web:
<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php> (último acceso: 10 de julio de 2019).
- Perrejinowski Toro, Eloísa del Pilar. «Memoria para optar por el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Finis Terrae.» *Conflictos de derechos*

fundamentales y en particular entre el acceso a la información y la privacidad en la recinete interpretación del Tribunal Constitucional. 2014.

http://repositorio.uft.cl/bitstream/handle/20.500.12254/212/PERREJINOSKI_ELOISA%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 25 de marzo de 2020).

Preinfalk Fernández, María Luisa. *Tesis para optar por el grado de doctorado. La educación sexual en el ámbito universitario: estudio diagnóstico en la Universidad Nacional de Costa Rica.* Sevilla, España: Universidad Pablo de Olavide, 2014.

Procuraduría General de la República. *Opinión Jurídica número OJ-100-2018.* 23 de octubre de 2018. SCIJ:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=20702&strTipM=T (último acceso: 9 de abril de 2019).

Quirós Gallegos, José. *Sala IV no se pronunció en contra o a favor de guías sexuales.* 28 de febrero de 2018. Sitio web: <https://www.elmundo.cr/sala-iv-no-se-pronuncio-favor-guias-sexuales/> (último acceso: 5 de junio de 2018).

Quirós Quirós, José Rafael. *Comunicado CECOR sobre Ideología de Género.* 2017. Sitio web: <https://www.rhoy.com/nacionales/iglesia-se-opone-a-clases-de-sexualidad-del-mep/> (último acceso: 12 de junio de 2018).

Ramírez Zamora , Gonzalo Alberto. *Proyecto de ley de objeción de conciencia.* s.f. Documento de sitio web: <http://www.aselex.cr/boletines/Proyecto-20426.pdf> (último acceso: 9 de mayo de 2018).

Roccatti Velazquez, Mireille. *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México.* México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.

Rodríguez Gutiérrez, Juana. *La educación sexual en los sistemas de protección de los derechos humanos. Derechos Fundamentales a Debate.* 15 de Junio de 2016. Documento de sitio web: La educación sexual en los sistemas de protección de los derechos humanos. Derechos Fundamentales a Debate (último acceso: 21 de Febrero de 2018).

Rodríguez Martínez, Yuriria. *Los derechos sexuales de las y los jóvenes en el contexto jurídico nacional e internacional.* 2007.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932012> (último acceso: 20 de enero de 2019).

Ruay Sáez, Francisco Alberto. «Una crítica al juicio de ponderación de Alexy.» *Revista de Derechos Fundamentales*, 2014: 123-162.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. *Acción de inconstitucionalidad: voto No. 10456.* 1 de agosto de 2012. Sinalevi:
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_asunto_const.a

spx?param1=ASC&nValor1=1¶m5=02-007617-0007-CO&strTipM=E (último acceso: 10 de diciembre de 2017).

- . *Acción de inconstitucionalidad: voto No. 3173*. 6 de julio de 1993. Nexus: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-80687> (último acceso: 7 de abril de 2019).
- . *Acción de inconstitucionalidad: voto No. 8557*. 3 de septiembre de 2002. Nexus: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-204332> (último acceso: 8 de abril de 2019).
- . «Sala IV resuelve amparo sobre “guías sexuales”.» *Comunicado de Prensa*, 1 de agosto de 2012.
- Salcedo Hernández, José Ramón. *Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia*. 13 de mayo de 1997. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81451/78601> (último acceso: 4 de marzo de 2019).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sentencia: No. 51188/99. Jiménez, Merino contra España*. 25 de mayo de 2000. Documento de sitio web: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Corte%20Europea%20de%20Derechos%20Humanos_0.pdf. (último acceso: 12 de septiembre de 2017).
- . *Sentencia: No. 35504/03. Konrad y otros contra Alemania*. 11 de septiembre de 2006. Documento de sitio web: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Corte%20Europea%20de%20Derechos%20Humanos_0.pdf. (último acceso: 12 de septiembre de 2017).
- . *Sentencia: No. 319/08. Dojan y otros contra Alemania*. 13 de septiembre de 2011. Sitio web: <https://www.crin.org/en/library/legal-database/dojan-v-germany+%&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cr> was not found on this server. (último acceso: septiembre de 15 de 2018).
- . *Sentencia: No. 3. Kjeldsen, Madsen y Pedersen contra Dinamarca*. 7 de diciembre de 1976. Sitio web: https://app.vlex.com/#WW/vid/365669858/graphical_version (último acceso: 9 de Septiembre de 2017).
- U.S. Department of Education. *La educación moral ... Nuestra responsabilidad compartida*. 31 de mayo de 2005. <https://www2.ed.gov/admins/lead/character/brochure-sp.html#:~:text=La%20educaci%C3%B3n%20moral%20es%20un,mismo%20y%20por%20el%20pr%C3%B3jimo>. (último acceso: 9 de enero de 2021).
- Vega, Rigoberto, entrevista de MundoCristiano.tv. *Cristianos de Costa Rica luchan por educar a sus hijos ante imposición de ‘ideología de género’* (24 de julio de 2017).

Zini Haramboure, Paola. «De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria.» *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2015: 342.