

TRIBUNAL : Itma. Corte de Apelaciones
ROL : 435-2014
MATERIA : Protección (no Isapre)

of 1

Pase 1

RECURSO DE APELACIÓN.

Itma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas

CORTE DE APELACIONES DE PUN
TA ARENAS

Nº ING: 435-2014 FOLIO: 666

FECHA: 29/12/2014

LIBRO: Protección

Nº 22 47 04 PARHIG

Escrito: Deduce apelacion

sentencia C. Apelaciones

Julia P. Novak

Los pastores evangélicos *Flavio Hernández Márquez* y *Pedro Carvajal Baez* personalmente, como recurrentes en estos autos de protección caratulados *Hernández Márquez, Flavio y otro con Junta Nacional de Jardines Infantiles*, **rol de ingreso N° 435-2014**, a SS.Itma. respetuosamente decimos:

Deducimos recurso de apelación contra la sentencia definitiva dictada por esta Itma. Corte el pasado 22 de diciembre de 2014, solicitando declararlo admisible y elevar los autos a la Excm. Corte Suprema para que ésta, en definitiva, lo acoja y revoque la sentencia impugnada, en mérito de los fundamentos de hecho y derecho que pasamos a exponer:

I. LA SENTENCIA RECURRIDA.

1. Con fecha 10 de noviembre de 2014, los recurrentes dedujimos recurso de protección constitucional contra la Junta Nacional de Jardines Infantiles (“JUNJI”), en favor de todos y cada uno de los niños y niñas que se encuentran matriculados y/o inscritos en los establecimientos educacionales y parvularios de propiedad y/o administración o tutela de la recurrida, localizados tanto en la región de Magallanes y la Antártica chilena, como en el resto del país, con motivo de la difusión que la JUNJI ha realizado al cuento sobre homoparentalidad “Nicolás tiene dos papás”, solicitando la inmediata incautación de tales textos, se devuelvan aquellos al MOVILH y se ordene al Estado y a sus organismos no distribuir tal obra en menores de 4 a 6 años de edad, en respeto al proceso formativo valórico de los niños y niñas de tan corta edad y el derecho preferente de los padres a proveerles de orientación, dirección y formación consagrado en la Convención de Derechos

2. Con fecha 22 de diciembre de 2014, esta Il. Corte de Punta Arenas rechazó el recurso de protección, en atención a lo siguiente:

- Primero, que el patrocinio del libro por parte de la JUNJI, supuestamente, se justifica dentro de la *“oferta de atención que brinda la institución, en cuanto considera la diversidad, conforme a una educación inclusiva que contribuya a la equidad y a la enseñanza de valores como el respeto y la tolerancia”* (considerando 3°). Añade el fallo que el artículo 31 del Decreto 1574 del Ministerio de Educación, que aprueba el Reglamento de la Ley 17.301 que crea la Junta nacional de jardines infantiles, establece que *“Educación correspondiente a su edad, es aquella destinada a dirigir el proceso desarrollo y crecimiento, a través de una formación armónica de los distintos aspectos de su personalidad biológico-psicológica y social promoviendo la adquisición de conducta, hábitos, actitudes, habilidades, destrezas, conocimientos y juicios de valor de acuerdo a las diferencias individuales y a las necesidades y aspiraciones sociales, dentro del contexto de las grandes orientaciones y propósito del sistema nacional de educación, establecidos por el Ministerio de Educación Pública.”* (considerando 5°). Y más adelante agrega que, en consecuencia, el patrocinio conferido al texto *“Nicolás tiene dos papás”* por el órgano estatal *“es una medida adoptada por la Junta dentro de las políticas de su competencia y las acciones de los órganos públicos tienen sus efectos”* (considerando 6°);
- Segundo, para fundar su resolución, la Corte señala *“que la Constitución política de la República, no ha definido el concepto de familia, menos aun lo ha limitado a una modalidad determinada”* (considerando 7°). Desentendiéndose de nuestra legislación civil y remitiéndose, en cambio, a documentos internacionales de *“soft law”* que no son fuentes ni de derecho interno ni de derecho internacional (y que, además, fueron escogidos de manera selectiva), la sentencia declara que el concepto de familia comprende, supuestamente, a las parejas homoparentales (considerandos 8° y 9°);
- Por último, la sentencia hace una sorprendente aplicación del principio del interés superior del niño –de manera general y *abstracta*, lo cual es improcedente como veremos- y sostiene que según el Comité de Derechos del Niño *“la educación en*

materia de salud sexual y reproductiva debe hacer referencia a (...) la prevención de la violencia basada en el género” o que “la identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención”, todo ello en relación a la no discriminación arbitraria (considerandos 10º, 11º y 12º);

- *Así las cosas, sintetiza el fallo, que “es factible concluir, que la moral de la que está tratando la Convención, no tiene una acepción que permita excluir una opción de vida en familia, homoparental. De ello se sigue, que la Junta nacional de jardines infantiles, al proceder como lo ha hecho, ha actuado dentro de sus prerrogativas y en forma legítima, con las responsabilidades consiguientes a una actuación de organismo estatal” (considerando 13º);*

3. De acuerdo a lo anterior, la Corte rechazó el recurso y declaró en su parte resolutive lo siguiente:

I. *“La Junta nacional de jardines infantiles velará porque la oferta de distribución del libro, cuyo es el propósito de su difusión que patrocina, se haga a quienes libremente lo soliciten, en los lugares que sea solicitado y no impuesto a ninguna institución, grupo, persona, adulto, niño, niña o adolescente;*

II. *La Junta nacional de jardines infantiles procederá en conformidad a la recomendación del Comité de derechos del niño, en la Observación N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1), observación N° 99, a la evaluación periódica, al menos semestral, del impacto, en general, en los derechos del niño, de la difusión y distribución que en definitiva se realice, bajo su patrocinio, del libro Nicolás tiene dos papás, en el ámbito de su competencia, que son los jardines infantiles bajo su tuición, y en particular, en cuanto a los derechos establecidos en el artículo 19 N°s 1, 6 y 10 de la Constitución política de la República, tanto en cuanto al cumplimiento de la garantía, como órgano estatal, cuanto al desarrollo de los*

elementos constitutivos de dichos derechos fundamentales de los niños y sus padres u otras figuras claves en su cuidado, responsables de ellos como apoderados; y

III. *E informará a esta Corte al término del primer año”.*

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

(A) La sentencia recurrida comete un error al declarar que la JUNJI actuó dentro de su competencia como órgano del Estado.

4. La sentencia recurrida funda su rechazo del recurso en cuanto, supuestamente, la JUNJI habría actuado dentro del ámbito de sus competencias legales al conferir patrocinio al cuento “Nicolás tiene dos papás”.

Al respecto el fallo declara que *“es una medida adoptada por la Junta dentro de las políticas de su competencia y las acciones de los órganos públicos tienen sus efectos”* (considerando 6°); y que *“la moral de la que está tratando la Convención, no tiene una acepción que permita excluir una opción de vida en familia, homoparental. De ello se sigue, que la Junta nacional de jardines infantiles, al proceder como lo ha hecho, ha actuado dentro de sus prerrogativas y en forma legítima, con las responsabilidades consiguientes a una actuación de organismo estatal”* (considerando 13°).

5. En el considerando 5° de la sentencia impugnada, la Corte intentó precisar el ámbito de competencia de la JUNJI, pero lo hace de manera errónea, o a lo menos incompleta.

6. La sentencia impugnada **no consideró que la competencia de la JUNJI se encuentra limitada y restringida por el tipo de educación que corresponde entregar a menores en edad preescolar, esto es, aquello que entendemos como Educación Parvularia.**

En efecto, la competencia de la JUNJI se encuentra limitada por el concepto de **“Educación pertinente”** (artículo 4 de la Ley 17.301 que Crea la Corporación denominada Junta

Nacional de Jardines Infantiles) y por el concepto de “Educación correspondiente a su edad” (artículo 31 del Decreto 1574 del Ministerio de Educación que aprueba el Reglamento de la institución).

Precisamente, la educación correspondiente a su edad, esto es, de niños en edad preescolar, es definida en el Reglamento como “aquella destinada a dirigir el proceso desarrollo y crecimiento (...) dentro del contexto de las grandes orientaciones y propósito del sistema nacional de educación, establecidos por el Ministerio de Educación Pública”.

7. En la especie, la JUNJI ha patrocinado un cuento sobre diversidad sexual y homoparentalidad, lo cual califica como **contenido de educación sexual o afectiva**, tema que, claramente, escapa los contenidos definidos por la Ley 20.370 que establece la Ley General de Educación (“LGE”) y por el Ministerio de Educación, para la Educación Parvularia.

Lo anterior es confirmado por la propia Corte de Punta Arenas que, en su **considerando 11º**, hace referencia a contenidos de “*educación en materia de salud sexual y reproductiva*”, citando al efecto al Comité de los Derechos del Niño. Vale decir, es clarísimo que el cuento “Nicolás tiene dos papás” posee un contenido sexual y afectivo, no pertinente ni adecuado para niños en edad preescolar.

8. El propio Ministerio de Educación reconoce que la educación sexual o afectiva supone hacerse cargo de una infinidad de temas ligados entre sí, entre ellos, uno de los más problemáticos: la homosexualidad ¹ ². Por la misma razón, **la homosexualidad es una**

¹ El Ministerio afirma que “[l]a formación integral de los y las estudiantes que atañen a su sexualidad, afectividad y género, **necesariamente lleva a la educación a abordar temáticas y ámbitos del desarrollo personal, intelectual, moral y social de éstos**, tales como: (...) *Vida familiar: significado y valor de la familia, sentido de pertenencia, la institución familiar en la sociedad, relaciones familiares, comunicación padres e hijos, etc.*; *Roles y estereotipos sexuales: el rol del hombre y de la mujer en la sociedad, el valor de la complementariedad entre los sexos, igualdad de oportunidades, derechos y deberes, etc.*; *Valores y sexualidad: amor, respeto mutuo, responsabilidad, fidelidad, apertura a la vida, compromiso, valoración del otro*”, entre varios otros. Ministerio de Educación, “Formación en Sexualidad, Afectividad y Género”, Junio 2013, p. 11, disponible en: http://www.mineduc.cl/usuarios/convivencia_escolar/doc/201308191758470.formacion_sexualidad_agosto.pdf

² Cabe tener presente que en el mismo documento del Ministerio de Educación, se sugiere que el tema de los denominados “*distintos tipos de familia*” (ej. homoparentales) se aborde **recién desde el Nivel Básico (entre 6 y 12 años)**, vale decir, con posterioridad a la Educación Parvularia. Cfr. Ministerio de Educación, “Formación en Sexualidad, Afectividad y Género”, Junio 2013, p. 20.

temática reservada para una edad en que el menor tenga la madurez suficiente, y siempre respetando el derecho de los padres a la educación de los hijos³.

9. De acuerdo a la LGE, la Educación Parvularia es el nivel educativo que atiende a niños desde su nacimiento hasta su ingreso a la educación básica. Su propósito es favorecer el desarrollo integral y los aprendizajes relevantes del menor, “*apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora*”⁴.

La LGE **no contempla dentro de los objetivos de la Educación Parvularia contenidos de tipo sexual o afectivo (ni menos, sobre homoparentalidad)**^{5 6}. Esto, como ya dijimos, por razones obvias: los párvulos no tienen suficiente discernimiento ni facultades para entender cuestiones de índole sexual o afectiva, como sería explicarle a un niño por qué alguien podría llegar a tener “dos papás” (en el sentido que uno de sus padres conviva con alguien del mismo sexo).

10. Dentro de las **Bases Curriculares para la Educación Parvularia**, dictadas por el Ministerio de Educación, en concordancia con las antedichas normas de la LGE, sólo se exige la enseñanza de aspectos mínimos relacionados a la propia identidad sexual⁷.

Las Bases Curriculares disponen que se espera que el párvulo se entienda a sí mismo en cuanto ser biológicamente sexuado recién en el segundo ciclo (entre 3 y 6 años). Al respecto, se espera que el menor pueda: “*Tomar conciencia progresiva de su identidad*

³ Cabe hacer presente que la UNESCO ni siquiera sugiere abordar el tema homoparental en sus orientaciones técnicas, y en cualquier caso, le da un rol primordial a los padres en la educación sexual y afectiva de sus hijos. Cfr. UNESCO, “Orientaciones Técnicas Internacionales en Educación en Sexualidad”, Volumen I y II, Junio 2010, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183281s.pdf>

⁴ Art. 18 de la LGE.

⁵ El Art. 28 de la LGE no menciona ningún contenido de tipo sexual o afectivo como objetivo para la Educación Parvularia. En cambio, el artículo 29 N° 1 de la LGE señala que en el ámbito personal y social, el estudiante deberá “*Desarrollarse en los ámbitos moral, espiritual, intelectual, afectivo y físico de acuerdo a su edad*” (Educación Básica); y luego, según el artículo 30 N° 1 de la LGE, deberá “*Desarrollar planes de vida y proyectos personales, con discernimiento sobre los propios derechos, necesidades e intereses, así como sobre las responsabilidades con los demás y, en general, en el ámbito de la familia*” (Educación Media).

⁶ En el mismo sentido, la Ley N° 20.418 sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, reserva la educación sexual para la Educación Media, y dispone en su artículo 1 inciso 4°, que “*los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir dentro del ciclo de Enseñanza Media un programa de educación sexual*”. Es decir, nos se exigen programas de educación sexual antes de la Educación Media.

⁷ Al respecto, conviene aclarar que la Educación Parvularia se divide en dos ciclos: (a) Primer ciclo, desde el nacimiento y hasta los tres años de edad; y (b) Segundo ciclo, desde los tres años hasta los seis o hasta su ingreso a la Educación Básica. Dentro de los ámbitos de aprendizaje personal y social, para el primer y segundo ciclo, se contemplan los ámbitos de **autonomía, identidad y convivencia**.

sexual, a través de sus características corporales”⁸. Cualquier otro contenido de índole sexual, afectiva o de género escapa los objetivos educativos a nivel preescolar. Por ello, la difusión de material sobre homoparentalidad en jardines infantiles excede la competencia de la JUNJI con creces.

11. Por lo demás, en los **Programas de Afectividad, Sexualidad y Género** del Ministerio de Educación, se “adelantó” su aprendizaje progresivo desde **6° básico** en adelante. **No antes**. Los alumnos aprenden progresivamente sobre los temas de afectividad, sexualidad y género en tres cursos (6°, 7° y II°), en las asignaturas de Ciencias Biológicas y Orientación⁹. Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué y cómo se justifica administrativamente la decisión de la JUNJI en orden a patrocinar el libro “Nicolás tiene dos papás”? Sencillamente, no hay justificación alguna.

12. En consecuencia, la sentencia recurrida adolece un error manifiesto al declarar que la JUNJI ha actuado dentro de la órbita de sus atribuciones legales. El órgano estatal sólo es competente para apoyar políticas educacionales para **niños en edad preescolar** dentro del marco de una “*educación pertinente*” o de una “*Educación correspondiente a su edad*”, esto es, “*dentro del contexto de las grandes orientaciones y propósito del sistema nacional de educación, establecidos por el Ministerio de Educación Pública*”, lo cual no ha sucedido en la especie, error que deberá ser enmendado conforme a derecho.

(B) La sentencia contiene decisiones contradictorias: rechaza el recurso pero, al mismo tiempo, establece la afectación de derechos constitucionales ordenando a la JUNJI velar para que se garantice la libertad de conciencia.

⁸ Ministerio de Educación, Bases Curriculares de la Educación Parvularia, 2005, p. 48. Las Bases Curriculares señalan que: “[l]a adquisición gradual de la identidad se realiza mediante la construcción de la conciencia de la existencia de sí mismo como sujeto independiente de los otros, y mediante el descubrimiento de las características y atributos que le sirven para definirse como persona con entidad y características propias, diferenciada de los demás. En este proceso, los niños construyen su identidad sexual que es un juicio sobre su figura corporal, **ser hombre o ser mujer**, y su identidad de género, que es el conocimiento de las funciones y características que la sociedad asigna como propias de la niña o el niño” (p. 37).

⁹ Ministerio de Educación, Bases Curriculares Programas de Afectividad, Sexualidad y Género, disponibles en: www.mineduc.cl

13. El fallo recurrido razona correctamente cuando declara que la JUNJI, al patrocinar el cuento “Nicolás tiene dos papás”, ha otorgado su apoyo, amparo, promoción a una iniciativa de la cual no puede desentenderse, sino, que deberá responder de las consecuencias de su actuación y respetar la libertad de conciencia de los afectados.

En efecto, la sentencia declara que *“ha quedado de manifiesto su respaldo [de la JUNJI] a estas acciones, no pudiendo entenderse otra cosa (...) Por consiguiente, no es inocua su autorización. Hace a la Junta nacional de jardines infantiles responsable de sus consecuencias...”* (considerando 6°).

Más adelante, la Corte considera que: *“la libertad que la CDN prevé para el niño, en lo confrontado en autos, en el artículo 14, es su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, cuya guía, de igual modo que en el artículo 5, está radicada en los padres”* (considerando 8°)¹⁰.

14. En la parte resolutive, atendida la vulneración producida por la JUNJI a la libertad de conciencia, la Corte adopta medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, declarando lo siguiente: *“La Junta nacional de jardines infantiles velará porque la oferta de distribución del libro, cuyo es el propósito de su difusión que patrocina, se haga a quienes libremente lo soliciten, en los lugares que sea solicitado y no impuesto a ninguna institución, grupo, persona, adulto, niño, niña o adolescente”* (parte resolutive, declaración I).

Esta declaración de la Corte sólo se comprende en la medida que, efectivamente, se ha producido una conculcación a los derechos constitucionales de los recurridos, al no consultarse el consentimiento de los padres para la lectura del cuento impugnado. De lo contrario ¿por qué ordenarle a la JUNJI que deberá “velar” porque su lectura se haga “libremente” y “no impuesto”? Con su resolución es evidente que **la Corte busca que se respete y garantice la libertad de conciencia de los padres, en orden a educar moral y religiosamente a sus hijos, sin que ni la JUNJI, ni los directores, ni educadores de**

¹⁰ No obstante, cabe señalar que **aquí la Corte de Punta Arenas hace un razonamiento inverso del que debió efectuar.** En vez de considerar, como corresponde, que la libertad de conciencia es un límite a los actos del Estado (vgr. patrocinio conferido al libro en cuestión), la Corte se enreda preguntándose si es aplicable en la especie alguno de los límites a la libertad de conciencia (vgr. la moral). Ello es improcedente y no viene al caso ya que **la única libertad de conciencia afectada en la especie es la de los padres, para educar a sus hijos conforme a sus creencias.**

párvulos, ni nadie, pueda imponer la lectura del polémico cuento a los niños sin el debido consentimiento de sus padres.

15. No se comprende, entonces, cómo es posible que se haya **rechazado** el recurso de marras sí, en el fondo, la Corte de Apelaciones, **accedió a la solicitud de restablecer el imperio del derecho** efectuada por estos recurrentes (precisamente, la finalidad de todo recurso de protección constitucional es que el tribunal adopte las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los derechos de los afectados, conforme al artículo 20 de la Constitución), ordenando a la JUNJI medidas concretas en ese sentido (“velar” porque la distribución del cuento se haga “a quienes libremente lo soliciten” y que “no sea impuesto” a ningún niño o apoderado del país).

16. En suma, la sentencia recurrida contiene **decisiones contradictorias**. Por un lado se reconoce que la JUNJI es responsable de la difusión del cuento “Nicolás tiene dos papás”, que son los padres los primeros llamados a guiar la formación de conciencia de sus hijos, y que por ende, corresponde que la JUNJI garantice la libertad y no imposición del texto; pero por otro lado, de manera incongruente, se rechaza el recurso de protección. Lo anterior es contradictorio y deberá ser enmendado.

(C) La sentencia recurrida comete un error al desentenderse del derecho interno: en Chile el concepto de familia está determinado legalmente.

17. En otro de sus fundamentos la sentencia impugnada declara, erróneamente, que en nuestro ordenamiento jurídico no existiría un concepto de familia, razón por la que, supuestamente, debe acudir a documentos internacionales para buscarle un significado a dicho concepto (lo cual es en realidad innecesario).

La Corte declara que *“la Constitución política de la República, no ha definido el concepto de familia, menos aun lo ha limitado a una modalidad determinada. Esta ha sido una opción del legislador constitucional, que no puede restringirse tampoco porque la legislación civil, regule los derechos y obligaciones de sus miembros sobre bases como la institución del matrimonio o los estatutos filiativos, utilizando las nociones de padre y*

madre, porque la falta de regulación no significa, de por sí, negación de la existencia de diversas figuras de organización de grupos humanos, con rasgos comunes identificables como características familiares” (considerando 7°).

18. Esta declaración es grave ya que **se desentiende, livianamente, del Derecho de Familia interno** como pretexto para ir en busca de definiciones en documentos internacionales –de “soft law”- que, como veremos, ni siquiera son vinculantes para el Estado de Chile y no constituyen por ende, fuente de derecho en el caso de marras.

Si bien es cierto que la Constitución Política no da una definición del concepto de familia, sí es claro que el concepto de familia puede ser determinado a partir de una interpretación sistemática y armónica del Derecho de Familia chileno. **Lo que no define la Constitución no significa que se encuentre jurídicamente indeterminado.**

19. En ese sentido, **según el Derecho de Familia interno** (Código Civil, Ley de Matrimonio Civil, Ley de Adopción, etc) **no existe ni el matrimonio homosexual, ni la filiación homosexual, ni la adopción homosexual**, con lo cual, difícilmente, podría hablarse en términos jurídicos de una “familia de padres homosexuales”, como pretende el cuento patrocinado por la JUNJI.

De acuerdo al artículo 33 del Código Civil *“tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código”*; y consecuentemente, sólo son “padre” o “madre” aquellas personas que cumplen el requisito de filiación antedicho. La misma lógica se aplica para los hijos adoptados¹¹.

20. En nuestro ordenamiento jurídico sólo es posible tener **un padre y una madre**. Por ello resulta absurdo que la Corte de Punta Arenas, en el fallo aquí recurrido, forzosamente intente justificar un pseudo-concepto de “familia” en que se pueda hablar de “dos papás”, como lo hace el cuento impugnado.

¹¹ Ley 19.620 que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, en su artículo 1 dispone: *“La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”*.

progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención”, no refiriéndose en ninguna parte a la labor interpretativa.

24. En cuanto a los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, éstos no son en ningún caso vinculantes para el Estado de Chile, más aún si proceden de otros sistemas de derechos humanos, sometidos a tratados distintos de la Convención Americana de Derechos Humanos¹³.

25. Con todo, lo más grave de todo esto, no es la referencia a documentos que no constituyen fuente de derecho interno y que no obligan en ningún caso a nuestro país. Lo más grave es la **selección antojadiza y arbitraria** por parte de la Corte de estos documentos, sólo escogiendo y refiriéndose a aquellos que apoyan la postura de diversidad y educación sexual expuesta por la parte recurrida, y **sin referencia a aquellos textos que expresan el deber de los Estados de garantizar la libertad de conciencia de los padres y su derecho a educar, conforme a sus creencias y convicciones morales, a sus hijos**. Así, por ejemplo:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (“DUDH”) establece que *“[l]os padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”*¹⁴;

¹³ Llama la atención que la Corte de Punta Arenas haya recurrido a la Corte Europea de DD.HH. para definir lo que se entenderá por vida familiar (que, por lo demás, promueve un concepto de familia que no coincide con el contemplado en nuestra legislación), omitiendo cualquier referencia, por ejemplo, al caso *“Schalk y Kopf contra Austria”* (2010), donde se declaró que la Convención Europea de DD.HH. sólo protege el matrimonio heterosexual: *“El tribunal observa que el artículo 12 garantiza el derecho a casarse de “hombres y mujeres”. En la versión francesa aparece como «l’homme et la femme ont le droit de se marier» (el hombre y la mujer tienen derecho a casarse). Es más, el artículo 12 garantiza el derecho a fundar una familia. Los demandantes argumentan que el texto no implica necesariamente que un hombre pueda casarse solamente con una mujer y viceversa. El tribunal observa, que visto aisladamente, podría interpretarse que redacción del artículo 12 no excluye el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Sin embargo en los demás artículos fundamentales de la Convención que garantizan derechos y libertades para «todos» o afirma que «nadie» está sujeto a cierto tipo de prohibiciones. Por eso la elección de las palabras del artículo 12 debe considerarse deliberada. Además, debe contemplarse el contexto histórico en el que se adoptó la Convención. En los años 1950 el matrimonio era claramente entendido en el sentido tradicional de la unión de parejas de distinto sexo”* (p. 54 y 55)

¹⁴ Art. 26 párrafo 3 de la DUDH.

- El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (“PDCP”) dispone, clara y tajantemente, que “[l]os 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**”^{15 16};
- El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PDESC”) dispone que “[l]os 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 (...) y **de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones**”¹⁷;
- La Convención de los Derechos del Niño (“CDN”) dispone, claramente, que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”¹⁸; y añade que: “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres (...) **de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades**”¹⁹;
- La Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”) dispone que: “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**”²⁰.

¹⁵ Art. 18 párrafo 4 del PDCP, promulgado en Chile como ley por el Decreto N° 778, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁶ Comité PDCP, Observación General N° 22 sobre Libertad de Pensamiento, párrafo 6, ha señalado que: “[l]a 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 [ej. que la homosexualidad es moralmente neutra] 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”.

¹⁷ Art. 13 párrafo 3 del PDESC, promulgado en Chile como ley por el Decreto N° 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁸ Art. 14 párrafo 1 de la CDN.

¹⁹ Art. 14 párrafo 2 de la CDN.

²⁰ Art. 14 párrafo 4 de la CADH, promulgada en Chile como ley por el Decreto N° 873, de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

(E) La sentencia recurrida hace una errónea aplicación del principio del interés superior del niño.

26. La sentencia recurrida declara que, supuestamente, existe una “*semejanza temática*” con el caso de la jueza Karen Atala (lo cual es falso), motivo por el cual, aparentemente, existiría una eventual discriminación arbitraria en caso que se acoja un recurso como el de autos, que impugna el patrocinio conferido por la JUNJI a un cuento sobre diversidad sexual.

Al respecto cabe manifestar desde ya que no existe la pretendida “*semejanza temática*” con el denominado Caso Atala, ya que, en la especie **no se está litigando sobre el cuidado personal o tuición de un niño determinado**, sino, impugnando un acto administrativo completamente arbitrario e ilegal de la JUNJI que difunde un cuento sobre homoparentalidad en jardines infantiles, sin consentimiento de sus padres, primeros educadores de éstos.

27. Supuestamente, el principio del **interés superior del niño sería un argumento –en abstracto–** para favorecer y promover un cuento como “Nicolás tiene dos papás”, bajo la pretendida finalidad de generar respeto por la diversidad sexual.

Sin embargo, esta forma de razonar es incorrecta. El artículo 3, de la Convención de los Derechos del Niño señala: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. Este principio **sólo puede ser aplicado en un caso concreto**, dado que es concepto jurídico indeterminado; en otras palabras, **sólo es posible considerar el interés superior del niño según la situación particular de un menor en concreto** (por esta razón, por ejemplo, tanto el art. 226 del Código Civil, como el art. 40 N° 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen referencia a situaciones particulares, como la edad, el domicilio de los padres, la opinión expresada por el hijo, informes periciales, aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo, etc).

28. Por lo demás, ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha afirmado, en numerosas oportunidades, que el niño tiene derecho a una protección especial: “*el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”²¹ y que “*el objetivo final de protección de los niños en los instrumentos internacionales es el armonioso desarrollo de su personalidad y el disfrute de sus derechos reconocidos. Es responsabilidad del Estado especificar las medidas que adoptará para promover este desarrollo dentro de su propia esfera de competencia y para apoyar a la familia en el desempeño de su función natural de proveer protección a los niños que forman parte de la familia*”²².

Debido a ello es que la CIDH ha destacado que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños requieren de una “*cuidado especial*” y el artículo 19 de la Convención Americana afirma que deben recibir “*medidas especiales de protección*”, y que, por ello, “*en ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia*”²³.

29. Por lo tanto, al **no existir** discusión en este caso sobre una “*situación específica*”, como el cuidado de un menor, o cualquier otra situación **concreta** donde se pueda apreciar **en los hechos** cuál es el verdadero interés superior del menor, **no es razonable invocar este principio**, como si se tratase de un baremo abstracto y general que, desde su misma indeterminación, y a partir de un contenido antojadizo que la Corte le otorga seleccionando arbitrariamente citas de autoridad que no son vinculantes, vendría automáticamente a legitimar el actuar de la JUNJI en el caso de marras, lo cual, como se ve, no es más que un argumento forzado y absurdo.

Lo único que re-confirma el precitado principio del interés superior del niño es que, como venimos sosteniendo, éstos **carecen de la madurez y discernimiento**, y que por ende,

²¹ CIDH, “Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño...”, OC-17/2002, 12 de agosto de 2002, en par. 25.

²² Ídem., en par. 53. Ver también: Comentario General 17 del Comité de Derechos Humanos, Derechos del Niño (art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, p.2.

²³ Ídem., en par. 60.

requieren medidas especiales de protección y cuidado de sus derechos: uno de ellos, es, precisamente, el ser educados y formados, religiosa y moralmente, conforme a la guía de sus padres (todo lo contrario de lo efectuado por la JUNJI).

POR TANTO, y según lo dispuesto en el N° 6 del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales,

ROGAMOS A SS.ILTMA.: Tener por deducido recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2014 dictada por esta Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, declararlo admisible y elevar los autos a la Excma. Corte Suprema para que ésta, en definitiva, lo acoja en todas sus partes y revoque la sentencia recurrida, declarando lo siguiente:

- i. Que se acoge el recurso de protección de autos conforme al peticorio señalado oportunamente, esto es, que se ordene la inmediata incautación de tales textos, se devuelvan aquellos al MOVILH, y se ordene al Estado y a sus organismos no distribuir el cuento “Nicolás tiene dos papás” en menores de 4 a 6 años de edad; o
- ii. En subsidio, que se acoge el recurso de protección de autos, adoptándose las medidas que se estimen necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho y asegurar la debida protección de los derechos constitucionales de los afectados; y
- iii. Que se condena en costas a los recurridos.



Aut. 7.538.725-3



Aut. 7160048-3