

CORTE DE APELACIONES DE PUNTA
 ARENAS NII ING: 43
 5 - 20144 4 FECHA: 10/11/2014
 4 10:34 CAPARHIG LIBRO: Prot
 Recurso de Protección RECURSO: Protección-c
 civil ROL: - - - - -

MATERIA : **RECURSO DE PROTECCIÓN**

PARTE RECURRENTE : **FLAVIO UGENIN HERNANDEZ MARQUEZ**

RUT : **7.538.725-3**

PARTE RECURRENTE : **PEDRO CARVAJAL BAEZ**

RUT : **7.160.048-3**

PARTE RECURRIDA : **JUNTA NACIONAL DE JARDINES INFANTILES**

RUT : **70.072.600-2**

REPRESENTANTE LEGAL : **DESIRÉE LÓPEZ DE MATURANA**

RUT : **IGNORO**

EN LO PRINCIPAL: Recurre de protección. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **SEGUNDO OTROSÍ:** Orden de no innovar.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS

FLAVIO UGENIN HERNANDEZ MARQUEZ, Pastor Evangélico, cédula de identidad N° 7.538.725-3 y **PEDRO CARVAJAL BAEZ**, cédula de identidad N° 7.160.048-3, Pastor Evangélico, todos domiciliados en calle Chiloé N° 862 oficina N°9 ciudad y comuna de Punta Arenas, miembros de la Confraternidad de Pastores Evangélicos de la Región de Magallanes y Antártica Chilena, del mismo domicilio, a SS. Ilustrísima respetuosamente digo:

Que venimos en deducir Recurso de Protección en contra de la **JUNTA NACIONAL DE JARDINES INFANTILES**, representada por su Vicepresidenta Ejecutiva, doña Desirée López de Maturana, quien suscribe el acto que motiva el presente recurso, domiciliada en Marchant Pereira N° 726, comuna de Providencia, Santiago, Región Metropolitana, **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/ administración y/o tutela de Junta Nacional de Jardines localizados tanto en la Región de Magallanes y Antártica Chilena como en el resto del país**

en base a los siguientes antecedentes de hecho y de derecho que paso a exponer.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Con fecha 21 de octubre de 2014 tomamos conocimiento por diversos medios de **comunicación socia** que, a contar del miércoles 22 de octubre del presente, se difundirá en 500 jardines **a lo largo del país** de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (Junji) el **cuento literario** titulado "Nicolás tiene dos papás"

Esta producción literaria, según dan a entender las notas de prensa que se acompañan a la presentación de este recurso, versa sobre la familia de un menor cuyos padres resultan ser dos hombres, lo que vendría a simbolizar "el primer cuento infantil chileno sobre diversidad sexual y familias homoparentales".

Este material fue producido por el Movimiento de Liberación e Integración Homosexual (Movilh), contando con el apoyo de entidades tales como el Colegio de Educadores de Párvulos, la Dirección de Archivos, Bibliotecas y Museos (Dibam), el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, la carrera de Educación Parvularia y Básica Inicial de la Universidad de Chile, la Embajada de la Unión Europea, la Embajada del Reino de los Países Bajos y, finalmente, patrocinado por la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI). Los medios de prensa recalcan que este cuento infantil de diversidad sexual será el primero de América en contar con respaldo de organismos estatales para su difusión.

Cabe hacer presente que no ha existido ninguna consulta de la Junta Nacional de Jardines Infantiles a los padres de los niños que reciben educación y cuidados en esos jardines, en el sentido de si les parece o no adecuado la difusión de ese material y, en tal caso, requerir de prestar el consentimiento de los padres.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Estamos ante un actuar realizado por parte de la recurrida, cuya materialización generará un estado de cosas que constituyen una amenaza, perturbación y vulneración del legítimo ejercicio por parte de los niños y niñas adscrito al sistema de JUNJI, de derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política, a saber:

a. Artículo 19 número 6, en lo relativo a la Libertad de Conciencia.

Según el Constitucionalista Humberto Nogueira, *“la libertad de conciencia protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo a rechazar aquellas que considera erróneas; proceso que corresponde al fuero interno de la persona que tiene un carácter inviolable, el cual plantea una exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo con tales concepciones”*.

Este derecho garantizado en el artículo 19 numeral 6 de la Constitución, posee en cuanto a su contenido dos alcances diferentes: por una parte, una perspectiva estática vinculada al fuero interno del sujeto y, por la otra, una perspectiva proyectiva relacionada con directrices de conducta que el titular puede construir a partir de dichas ideas.

Así, en su primer alcance, la libertad de conciencia es aquel poder que tiene toda persona para crear y desarrollar sus propias ideas acerca de lo bueno y de lo malo, de lo moral y lo inmoral. Esta dimensión encierra un carácter esencialmente interno y valorativo que dice relación con dos facultades distintas, a saber: la conciencia psicológica o sensible, y la conciencia moral. La primera dimensión es la que nos permite reconocer en nuestro fuero interno que las cosas “existen”. El segundo nivel en tanto, dice relación con poder juzgar lo que ha sido percibido y conocido por la conciencia sensible. Aquí es donde se forma la idea de lo que es correcto o incorrecto. Este nivel es lo que se conoce como conciencia moral o deliberativa.

El segundo alcance de esta garantía constitucional, agrega a dichas concepciones, la posibilidad que el individuo se imponga a sí mismo, sobre la base de tales ideas y valoraciones, sus propias directrices y normas, es decir, deberes de conducta que emanen de ellas.

De lo expuesto se entiende que la construcción de la "propia conciencia" es un proceso largo y complejo, íntimamente relacionado al desarrollo personal y proceso de madurez intelectual del ser humano. Por ello, consideramos que intervenir tempranamente dicho proceso, con acciones como la de la Junta Nacional de Jardines Infantiles -que es objeto de este recurso-, implica pretender acuñar ciertas creencias o cosmovisiones en el proceso de elaboración de "propia conciencia" de los infantes, lo cual constituye una manipulación de la inocencia y vulnerabilidad propia de los niños en dicha etapa.

Distinto sería promover debates, por ejemplo, en la educación media o secundaria, pues el proceso de maduración y construcción de la "propia conciencia" permite a esas alturas del desarrollo un adecuado examen o análisis del tema en cuestión y la adopción de posturas a favor o en contra a partir de las propias convicciones y valoraciones.

Respecto a la manipulación de la inocencia y vulnerabilidad de los niños, nos parece pertinente recordar la crítica que hace un siglo Antonio Gramsci hacía a la Iglesia Católica en asuntos de similar índole:

"Una de las medidas más importantes arbitradas por la Iglesia para reforzar su formación en los tiempos modernos es la obligación impuesta a las familias de que los niños hagan la primera comunión a los siete años. Se comprende el efecto psíquico que ha de tener en un niño de siete años el aparato ceremonial de la primera comunión, tanto como acontecimiento individual cuanto como acontecimiento colectivo, y se comprende también qué fuente de terror puede dar de sí y, por tanto, de vinculación a la Iglesia. Se trata de 'comprometer' el espíritu infantil en cuanto que empieza a reflexionar."

¡Cabe recordar que los niños que visitan los jardines infantiles de la JUNJI tienen entre 4 y 6 años de edad!

Esta circunstancia etárea denota el carácter arbitrario del actuar de la JUNJI, toda vez que su decisión carece de razonabilidad y falta de proporción entre los medios empleados y el fin a obtener, pues no corresponde ni es apropiado utilizar una obra literaria del contenido en cuestión con niños de tan corta edad.

A su vez, el actuar de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, al promover la presentación del cuento "Nicolás tiene dos papás" en sus recintos, infringe el derecho que les compete a los padres para guiar y orientar la educación de nuestros hijos, conforme a las propias convicciones, siempre que éstas no sean contrarias a la moral ni al orden público. Cabe señalar que no se ha pedido tal consentimiento para tal fin, de manera que la recurrida ha actuado de forma arbitraria y vulnerando el derecho constitucional que asiste a todo padre y madre. La familia cumple con una serie de funciones que han llevado a concebirla como "*núcleo fundamental de la sociedad*", como lo reconoce el artículo 1 inciso 2º de nuestra Carta Fundamental. El mismo artículo impone al Estado el deber de darle protección y de propender a su fortalecimiento. Entre las principales funciones de la familia, reconocemos la función de educar a los niños en forma "*primera y primaria*", no pudiendo ser reemplazada dicha función por el Estado o algún cuerpo intermedio. En concordancia con lo anteriormente expuesto, el artículo 19 N° 10 de la Constitución Política señala, en su inciso tercero, que "*los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho*".

La norma precitada es de suyo relevante toda vez que permite ver la infracción en que, respecto de ella, incurre la JUNJI. La norma en cuestión posee dos importantes prescripciones: por un lado, establece un mandato explícito a los padres a asumir la responsabilidad que emana de la procreación, a saber, educar al hijo, entendiendo la educación como el señalamiento de un camino –que libremente elegirá el hijo al ser responsable de sí mismo– así como a la entrega de las herramientas necesarias para poder lograr el máximo desarrollo de sus capacidades a objeto de que el camino que libremente escoja el hijo sea efectivamente realizable. Ahora bien, este mandato que establece la Constitución es en realidad una garantía, toda vez que emana de la naturaleza del ser humano la responsabilidad de criar y desarrollar las capacidades básicas de sus hijos. Por ello, la Constitución habla, en primer lugar, del derecho preferente de los padres y luego de su deber; pero tal derecho es garantizado como preferente, pues la subsidiariedad exige que el Estado puede tomar las medidas necesarias para complementar o auxiliar dicha tarea y así garantizar el desarrollo de los hijos, pero no pretender reemplazar el rol esencial de los padres.

La segunda parte de la norma precitada expone que el Estado debe dar especial protección a este derecho, es decir, al de educar preferentemente a los hijos. De este modo, el Estado no puede pretender “acuñar” visiones particulares de concepciones del mundo o valores sociopolíticos, toda vez que aquello es, en primerísimo lugar, potestativo de los padres en su rol natural e insustituible de educadores y formadores.

Por último, es importante señalar que de la consagración de la libertad de conciencia se deriva el “Principio de Neutralidad del Estado”. Este principio implica, por una parte, que el Estado tiene la obligación de asegurar que la personalidad se pueda desenvolver dentro de la diversidad de visiones del mundo. Por otra parte, el Estado tiene la obligación de no interferir en las convicciones y en la formación de la “propia conciencia” de las personas.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania *“el Estado puede asegurar la coexistencia pacífica de los adherentes a diversas cosmovisiones, solamente si él mismo permanece neutral en dichas cuestiones”*. En el caso en cuestión, es manifiesto que el Estado está avalando y promoviendo institucionalmente una postura en la cual no hay consenso.

La Junta Nacional de Jardines Infantiles, como institución del Estado, transgrede el principio de neutralidad a que este último está obligado, al tomar posición y asumir una actitud activista con relación a temas que son objeto de fuerte debate y de visiones muy contrapuestas en el seno de la sociedad nacional. Este activismo, a su vez, se dirige a niños que están en una muy temprana etapa de desarrollo, buscando influir en el proceso de elaboración intelectual y en su adhesión o no a una determinada cosmovisión, lo cual, como hemos expuesto, es potestad exclusiva de los padres.

Este activismo del Estado en temas valóricos y de cosmovisión, ha sido y es propio de las autocracias totalitarias, en las cuales, también a temprana edad, se busca adoctrinar a los niños a través de la literatura estatal y otros instrumentos con el objeto de acuñar en ellos el “sello” de la ideología oficial.

Cabe señalar que el Artículo 5° de la Convención de Derechos del Niño obliga al Estado a **“respetar 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.”**

Es decir la Convención exige respetar las responsabilidades, los derechos deberes de los padres en consonancia con la evolución de facultades, dirección y orientación de los niños y niñas, conteniendo en esa idea el proceso formativo valórico que un niño de 4 a 6 años tiene en ese momento de vida. Es evidente que promover conceptos de familias homoparentales por parte del Estado de Chile o el MOVILH a través de la red de la JUNJI no está acorde a la evolución de facultades dirección y orientación de los niños y niñas a los cuales está dirigida la distribución de la obra literaria

Aquello es reforzado por el artículo 14 de la misma Convención en su numeral 2 al establecer que: **“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.”**

Resalta a todas luces evidente que el Estado de Chile al permitir dentro de las aulas bajo su tutela la distribución de una obra literaria sobre una pareja homosexual y la utilización de un niño en medio de esta pareja para justificar aquella opción sexual, está infringiendo gravemente las disposiciones establecidas en la Convención de Derechos del Niño al no respetar el derecho y deber de los padres, la costumbre local del país, ni respetar la consonancia a la evolución de facultades, dirección y orientación de los niños y niñas de 4 a 6 años adscritos a la red JUNJI, Vulnerando la Libertad de Conciencia e influenciando torcidamente en el proceso de formación valórica del niño o niña a tempranísima edad.

Que la Convención de Derechos del Niño es una convención sobre derechos humanos que a través del artículo 5to inciso segundo de la Constitución Política consagra derechos fundamentales que son susceptibles de protección, al ser un tratado ratificado por Chile y que se encuentra vigente habiendo sido adquiridos tales derechos fundamentales en el patrimonio de cada uno de los niños y niñas del país.

b. Artículo 19 número 1, sobre el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas.

En concreto, la afectación de la integridad psíquica de los niños y niñas que integran la red de jardines de la JUNJI en Magallanes y Antártica Chilena. La integridad psíquica debe entenderse en al menos, tres sentidos: el primero, somático, toda vez que la ciencia ha comprobado que hay trastornos de orden psíquico originados en causas biológicas que no constituyen propiamente un detrimento físico, como puede ser un desorden en el normal funcionamiento de neurotransmisores; el segundo, como la alteración de la salud por causas no imputables a la biología, sino que a estados de ánimo y causas propiamente psíquicas, como la causación o inducción de traumas u otros hechos similares; y, el tercero, relacionado con la libre formulación y libre ejercicio de un estándar moral así como al desarrollo psicosocial de la persona.

Estas últimas formas de entender la integridad psíquica es la que concurre en este caso.

La libre formulación y libre ejercicio de un estándar moral y del desarrollo psicosocial no hacen referencia, como podría creerse a priori, a concepciones morales tenidas por "correctas", sino que al desarrollo no condicionado ni violentado de la personalidad.

En este sentido, la utilización de un cuento de promoción para la aceptación moral de la homoparentalidad y de las relaciones homosexuales dirigido a niños y niñas de 4 a 6 años de edad, condicionándolos subrepticamente para aceptar un planteamiento sociopolítico que no tiene consenso en nuestra sociedad, constituye una inadmisibles intromisión en su desarrollo psicosocial y en su libre formulación y libre ejercicio de un estándar moral, elementos que son parte de su integridad psíquica.

A su vez, la integridad psíquica de los niños y niñas adscritos a jardines de la JUNJI, se ve violentada al proponérsele un modelo de familia que contrasta directamente con las convicciones y enseñanzas de las familias, así como las vivencias y experiencias que el menor observa día a día.

El actuar de la JUNJI, en relación a infantes altamente influenciables en razón de su edad, es de suyo incorrecto e inapropiado y deviene inevitablemente en una afectación a la integridad psíquica de los niños y niñas. Esto, por cierto, resulta aún más grave cuando se tiene a la vista que es una medida que no ha sido conversada con las comunidades escolares ni se ha solicitado la autorización de los padres y por ello es una imposición del organismo recurrido.

b. Calificación del actuar como arbitrario e ilegal.

El artículo 6º de la Constitución Política expresa que *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”*, e indica en su inciso segundo que *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*. A su vez, el artículo 7º de la carta fundamental expresa que *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”*, agregando, en su inciso segundo que *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*, agregando finalmente que *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”*.

A la luz de estas normas, debe indicarse que la promoción por parte de la Junta Nacional de Jardines Infantiles del ya tantas veces referida obra literaria que causa esta acción constitucional infringe un precepto constitucional, a saber, el indicado en el artículo 19 N°10 inciso tercero, que señala expresamente el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Tal precepto, de acuerdo al artículo 6° ya citado *supra*, implica el organismo recurrido la obligación de someter su acción a la Constitución, por lo que su actuar debe someterse al artículo 19 N°10 inciso tercero, obligando tanto a los titulares de dichos órganos como a sus integrantes, generándose las responsabilidades y sanciones que determine la ley por su incumplimiento.

Del mismo modo, el artículo 7° refiere como condición de actuación válida la competencia de dicho órgano, la cual no solamente debe entenderse delimitada por la respectiva ley que faculte su actuar, sino que también por toda la preceptiva constitucional que pueda resultarle aplicable, tanto a su orgánica como a su funcionamiento. En tal sentido, el artículo 19 N°10 inciso tercero es una norma de competencia respecto de la actuación de todo el aparato público en materia de educación y, por tanto, en especial, del organismo recurrido. Bajo ninguna circunstancia, por tanto, podría la Junta Nacional de Jardines Infantiles exceder dicha norma de competencia y tomar un rol activo en la promoción de valores, que, como ha sido latamente argumentado en los acápites previos, corresponde solamente a los padres. Por ello, entendiendo que la actuación de la JUNJI contra la que se recurre perturba o amenaza los derechos invocados y es absoluta y totalmente nula, dado que contraviene al artículo 7°, por exceder las competencias que la mismísima Constitución Política de la República le impone, deviene irremediablemente en ilegal, por exceder lo permitido por el ordenamiento jurídico y arbitraria toda vez que, siendo ilegal, refleja un capricho del jerarca del organismo contra el que se recurre.

POR TANTO,

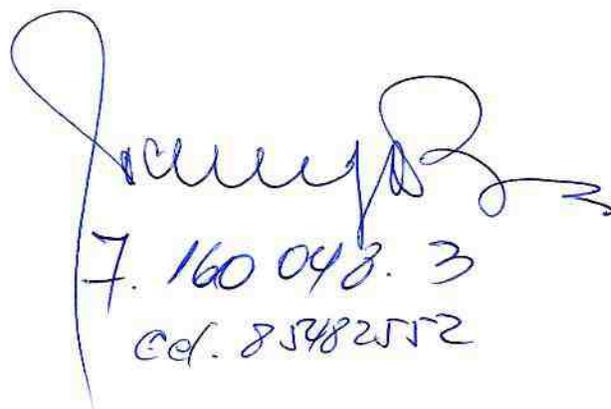
RUEGO A S.S ILUSTRÍSIMA: Que se tenga por interpuesto el Recurso de Protección en contra de la JUNTA NACIONAL DE JARDINES INFANTILES, por su acto arbitrario e ilegal de autorizar en sus dependencias y a los niños bajo su cuidado la difusión de la obra literaria "Nicolás tiene dos papás" en la Región de Magallanes y Antártica Chilena y en el resto del país, por promover cosmovisiones de sociedad a temprana edad sin el consentimiento de los padres, y aprovecharse de la inmadurez de conciencia para imponerles a los niños y niñas de 4 a 6 años concepciones morales e ideológicas de índole homosexual no compartidas ni autorizadas por los padres, ni por las familias ni por los chilenos, vulnerando la libertad de conciencia y el derecho a la integridad psíquica del menor, solicitando que se ordene la inmediata incautación de tales textos, se devuelvan aquellos al MOVILH y se ordene al Estado y sus organismos a no distribuir tal obra en menores de 4 a 6 años de edad, en respeto a su 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 del Niño.

PRIMER OTROSÍ: Acompaño la siguiente información en que fundo este recurso:

- s/D ①. Noticia de prensa aparecida con fecha 21 de octubre de 2014 en diario The Clinic, titulada: *"Nicolás tiene dos papás", el cuento homoparental que el Movilh llevará a los jardines infantiles de la Junji*.
- s/D ②. Noticia de prensa aparecida con fecha 21 de octubre de 2014 en diario Soy Chile, titulada: *"Nicolás tiene dos papás", el primer cuento infantil chileno sobre diversidad sexual*.
- s/D ③. Noticia de prensa aparecida con fecha 21 de octubre de 2014 en diario El Mostrador, titulada: *"Nicolás tiene dos papás", el cuento que el Movilh llevará a los jardines de la Junji*.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito desde ya a S.S Ilustrísima que ordene que se suspenda, de inmediato, el acto ilegal y arbitrario de la JUNTA NACIONAL DE JARDINES INFANTILES por el cual autorizó la difusión de ese material literario en sus centros, mientras se ve el Recurso de Protección interpuesto, a través de una orden de no innovar.


7538725-3
cel. 07900207


7. 160 043. 3
cel. 85482552