



Movimiento de Integración y Liberación Homosexual

Desde 1991

Punta Arenas, veintidós de diciembre de dos mil catorce.

En autos Rol 435-2014 Protección, del ingreso de esta Corte de apelaciones, los pastores evangélicos señores Flavio Hernández Márquez, y Pedro Carvajal Báez, recurren contra la Junta nacional de jardines infantiles, representada por su Presidenta ejecutiva doña Desirée López de Maturana, 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, estimando que la difusión del libro "Nicolás tiene dos papás", que versa sobre la familia de un menor cuyos padres resultan ser dos hombres, actuar vulneratorio de los derechos de los niños y los padres, contemplados en los artículos 19 N°6, en cuanto a la libertad de conciencia y 19 N°1, en cuanto a la integridad psíquica de los niños, así como también se afecta la garantía establecida en el número 10 de dicho artículo, relativo al derecho de los padres a educar a sus hijos, por lo cual solicitan, se ordene 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 del niño.

El recurso versa sobre la alarma que produce a los recurrentes la anunciada difusión, a contar del día 22 de octubre del presente año, del nombrado cuento, en 500 jardines de la recurrida, a lo largo del país, cuyo contenido simbolizaría el primer

cuento chileno, sobre diversidad sexual y familias homoparentales, habiendo sido producido por el Movimiento de liberación e integración homosexual (MOVILH) con el apoyo de diversos estamentos. Advierte, no haber existido consulta alguna de la Junta a los padres de los niños que reciben educación en estos establecimientos, si les parece adecuada su difusión y en tal caso requerirles su consentimiento.

Fundamenta en derecho su rechazo a esta actividad de difusión, en varios argumentos concatenados. La libertad de conciencia la entiende en el sentido que le ha dado doctrinariamente 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." Después de un análisis al respecto concluye que la actividad cuestionada pretende acuñar ciertas creencias o cosmovisiones, tempranamente, en el proceso de elaboración de "propia conciencia" de los infantes, lo cual califica de manipulación de la inocencia y vulnerabilidad propia de los niños en su etapa de desarrollo persona y proceso de madurez intelectual. Lo compara con la crítica que atribuye a Antonio Gramsci a la Iglesia Católica por la imposición a las familias de la primera comunión de los niños comprometiendo su espíritu infantil en cuanto empiezan a reflexionar. Estima que con estos argumentos demuestra la arbitrariedad de la recurrida, pues su decisión carece de racionalidad y adolece de falta de proporcionalidad entre los medios empleados –una obra literaria del contenido en cuestión- y el fin perseguido.

A la vez, en el tema está comprometido el derecho de los padres para guiar y orientar la educación de sus hijos, conforme

sus propias convicciones, siempre que no atenten contra la moral ni el orden público. Su finalidad es cumplir con la responsabilidad de educar al hijo señalando el camino que libremente podrá escoger para ser responsable de sí mismo y entregándole las herramientas para lograr su máximo desarrollo para ejercicio de una opción realizable. A ellos no se les ha pedido el consentimiento para la difusión de la obra en los recintos de la Junta, de allí la arbitrariedad y vulneración del derecho constitucional en juego, en circunstancias que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, según lo ha dispuesto el artículo 1, inciso 2 de la Constitución, a la cual el Estado debe protección y fortalecimiento. Ella cumple la función primera y primaria de educación de los niños, no pudiendo ser reemplazada por el Estado cuya acción es subsidiaria, es decir, de complemento o auxilio a la función parental con el fin de garantizar el desarrollo del hijo.

La especial protección de este derecho impide al Estado "acuñar" visiones particulares de concepciones del mundo o valores sociopolíticos que es el rol potestativo de los padres. Aquí rige el principio de neutralidad del Estado cuya aplicación asegura la coexistencia pacífica de las diversas cosmovisiones. Opina que esta argumentación también encuentra sustento en el artículo 5 de la Convención de derechos del niño, reforzado en el artículo 14.

Sobre estas bases concluye que al tutelar, el Estado de Chile, que dentro de las aulas ocurra 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, infringe gravemente estas disposiciones. Así es como da por vulnerada la tercera garantía invocada y nuevamente la primera.

En cuanto a la segunda garantía, concentrada en la integridad psíquica, que relaciona con la libre formulación y libre ejercicio de un estándar moral, así como el desarrollo psicosocial de la persona, vale decir, el desarrollo no condicionado ni violentado de la personalidad, argumenta la recurrente que se ve afectada por el hecho que el cuento promociona la aceptación moral de la

homoparentalidad y de las relaciones homosexuales dirigido a niños y niñas de 4 a 6 años, condicionándolos subrepticamente para aceptar un planteamiento sociopolítico que no tiene consenso en nuestra sociedad, lo cual califica de inadmisibles intromisiones en su desarrollo psicosocial. La integridad psíquica de los niños se ve violentada porque se les propone 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. Califica el actuar de la recurrida de incorrecto e inapropiado por lo cual deviene en grave afectación de este derecho.

Argumenta por otro lado, que la ilegalidad de la acción que reclama proviene de ser contraria a las disposiciones constitucionales en que descansa el principio de legalidad, artículo 6 y 7 de la Constitución, en circunstancias que debe someter su acción a ésta y no lo hace si violenta el artículo 19 N° 10, excediendo la competencia del Estado en cuanto al rol de los padres, determinados en la norma.

A fojas 33 se hace parte el Movimiento de integración y liberación homosexual, el cual solicita rechazar el recurso interpuesto indicando que efectivamente esta organización es la encargada de la producción del cuento "Nicolás tiene dos papás" que versa sobre las dinámicas familiares de un niño que vive con dos adultos varones a los que identifica como padres. Realiza una reseña de los patrocinadores, auspiciadores y autores del cuento, y afirma que distribuirá el libro en todos aquellos jardines infantiles que, junto a padres o madres decidan solicitarlo, para leerlo junto a los niños y niñas. Aspira tras diálogos y trabajo de sociabilización, que el cuento sea solicitado por 500 o más jardines infantiles, los cuales no necesariamente serán de la JUNJI, que apoya el hecho y que efectivamente no ha consultado a los padres sobre la difusión del libro. Es un error sostener que este organismo estatal promueve, distribuye y difunde el libro, no resulta efectivo toda vez que lo hace el MOVILH en forma exclusiva. Agrega que la lectura

del libro no es obligatoria ni impuesta en ningún establecimiento educacional ni a ninguna familia, sólo se pondrá el cuento a disposición a quienes lo requieran con miras a abrir el debate siempre que se solicite previamente. Cada institución educativa y familiar será libre de enseñar este u otros contenidos a sus niños y niñas.

Rebate sobre causar afectación a las garantías constitucionales como sostienen los recurrentes, toda vez que la lectura del cuento dependerá de una decisión de la comunidad educativa, dentro de las cuales, ciertamente están incluidos los padres de los menores. A su juicio, el trasfondo del recurso, va más allá de la reivindicación de los derechos de educación preferente, puesto que lo que derechamente se busca evitar es que a los menores se les lea un cuento que versa sobre la homoparentalidad. Es precisamente la libertad que se pretende proteger por los recurrentes, la que se ve afectada al prohibir la difusión del libro, por cuanto, de acuerdo al interés superior de los niños, en el seno de la relación jurídica educativa está el derecho de este a recibir una educación integral que contribuya al pleno y libre desarrollo de su conciencia, no debe olvidarse que la conciencia del padre es diferente a la de su hijo. Existe numerosa doctrina y jurisprudencia internacional que reconoce este hecho. Asimismo en ningún caso se ve afectada la garantía del número 1 ya que de la sola lectura del libro se advierte que no se propone ningún modelo de familia, sino que únicamente se manifiesta una realidad diaria de miles de familias chilenas. Lejos de afectar la integridad psíquica de los menores, el cuento lo que efectivamente busca, es formar, en base a valores tan significativos como el respeto a la diversidad y el amor dentro de las diversas familias del Chile de hoy.

A fojas 74 evacúa informe doña Desirée López de Maturana, en representación de la JUNJI, solicitando el rechazo del presente recurso, por cuanto la participación de esta institución se limita a la autorización para el uso del logo institucional en el cuento, conjuntamente con los otros patrocinadores y en ningún caso

compromete recursos financieros ni gestiones de promoción ni distribución por parte de la JUNJI, como da cuenta la resolución exenta 015/00513 de 13/08/14, siendo el MOVILH, la institución que produjo el cuento y el encargado de promocionarlo y distribuirlo .

A su juicio, no existe vulneración alguna de las garantías constitucionales invocadas, en especial, aquella del número 10, que no tiene cabida dentro del ámbito de la acción de protección. Reitera que la JUNJI, únicamente, se limitó a patrocinar el referido texto, quedando fuera del proceso de distribución, por lo que no se advierte de qué manera se han vulnerado las garantías de los números 1 y 6 denunciadas por el recurrente, por lo que solicita el rechazo del recurso intentado.

En la vista de la causa, se escucharon los alegatos de don Mario Esquivel Lizondo, a favor del recurso, don Rodrigo Sepúlveda González, por la recurrida y doña Karina Andrea Ulloa Pérez, por MOVILH, respectivamente, contra el recurso, quienes reiteraron sus argumentos, puestos por escrito. El Sr. Esquivel, agregó que a su parecer hay objeto ilícito en el actuar de la recurrida porque la familia que se hace ver en el libro, no está reconocida en el ordenamiento jurídico chileno. Hizo hincapié en que los propósitos de MOVILH de imponer su posición, quedan de manifiesto en la reacción contra el Alcalde de la I Municipalidad local que no accedió a la difusión del libro, haciéndosele foco de un ataque político y comunicacional de gran envergadura, lo que califica de una amenaza real a los derechos de los niños que ha dicho conculcados. Trae a colación más información doctrinaria sobre la libertad de conciencia desde el derecho y desde la psicopedagogía, ilustrando su posición con antecedentes provenientes de realidades del mundo contemporáneo en que se resiste este tipo de acciones, lo que a su vez, sería demostrativo que no hay consenso tampoco en otras culturas sobre el punto en cuestión. Mirando hacia el derecho interno, en lo civil, resalta la legislación de familia, donde lo regulado es la familia matrimonial, la familia no matrimonial en que

la filiación se adscribe al padre y la madre, como también sucede en la adopción, fuentes del parentesco, con origen en la institución del pater familia que ha traspasado sus conceptos al lenguaje en el sentido de la palabra padre, todo lo cual se violenta con las infracciones de las garantías, que denuncia.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: que, el recurso de protección tiene por objeto adoptar providencias inmediatas y necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales que le signifiquen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías previstas en los numerales del artículo 19 de la constitución política de la república, referidos en el artículo 20.

Segundo: que el hecho sustancial que motiva el presente recurso consiste en la difusión del libro cuestionado, el cual se califica de vulneratorio de las garantías fundamentales del artículo 19 de la Constitución política, N°6, en cuanto a la libertad de conciencia, N°1, en cuanto a la integridad psíquica de los niños y N° 10, relativa al derecho de los padres a educar a sus hijos, habiéndose rebatido por la contraria su participación en ello y precisado, por la organización que intervino, contra el recurso, MOVILH que no se trataba de difundirlo sino ponerlo a disposición de los Jardines infantiles. De esta manera para resolver es necesario verificar en qué consiste la actuación e intervención efectiva de la recurrida y si tiene el carácter vulneratorio de derechos, que se le imputa.

Tercero: que, es un hecho indiscutido que la recurrida autorizó el patrocinio por su parte, del libro. El fundamento para esta decisión está en la ponderación que la iniciativa de patrocinio se enmarca 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. Este patrocinio se materializó en el uso del logo institucional en el cuento. Lo mismo

consta en la Resolución exenta N° 015/00513 de 13 de agosto de 2014, de dicho Servicio. No se acreditó respecto a esta parte, otra actuación.

Patrocinio, significa, amparo, protección, auxilio. (*Diccionario de la lengua española (DRAE)* Versión electrónica que permite acceder al contenido de la 22.^a edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012. <http://lema.rae.es/drae/?val=Patrocinio>

Igualmente, amparo, protección. Ayuda económica o de otro tipo que, generalmente, con fines publicitarios o fiscales, se otorga a una persona o a una entidad, para que realice la actividad a que se dedica. En la información consultada también significa, apadrinamiento, concertado y esponsorización. La entrada de apadrinamiento (que refiere al Diccionario de la lengua española, 2005, Espasa-Calpe) explica como "Patrocinio que un hombre hace de una iniciativa particular o colectiva para que tenga éxito". La entrada de concertado, alude a concordar, pactar, decidir conjuntamente. Y la de esponsorización, vuelve a patrocinio.

<http://www.wordreference.com/definicion/patrocinio>

Cuarto: que, respecto a la difusión, que MOVILH sostiene que no es tal, los comunicados de los medios de difusión que se acompañan entre fojas 16 y 26, indistintamente dan cuenta de difusión (fojas 16 The Clinic Online, 20 octubre 2014) y lanzamiento y distribución gratuita a familias con niños/as y en los jardines que lo soliciten (El Mostrador, 21 octubre 2014; Emol). Estos comunicados provienen de la propia información que entregó la organización a los medios, puesto que no han sido desmentidos, particularmente, no lo ha sido el de The Clinic. Con lo cual resultan establecidos sus propósitos de difusión y distribución del libro. Sin perjuicio que ella sea gratuita, lo que no está en cuestionamiento, ha esclarecido que la distribución se hará a quienes y en los lugares que les sea solicitado.

Quinto: que la Ley 17.301, crea Corporación denominada Junta Nacional de Jardines Infantiles, en D O. 22 abril 1970 – versión al 6 noviembre 2004, dispone:

Artículo 1º: *"Créase una corporación autónoma, con personalidad jurídica de derecho público, funcionalmente descentralizada, domiciliada en Santiago, denominada "Junta Nacional de Jardines Infantiles" que tendrá a su cargo crear y planificar, coordinar, promover, estimular y supervigilar la organización y funcionamiento de jardines infantiles."*

El Decreto 1574 del Ministerio de educación, que aprueba el Reglamento de la Ley 17.301 que crea la Junta nacional de jardines infantiles, en D O. 29 julio 1971, establece:

Artículo 1º:*"La Junta Nacional de Jardines Infantiles es una Corporación de derecho público, funcionalmente descentralizada, autónoma, que se relaciona con los poderes públicos a través del Ministerio de Educación Pública, que tendrá a su cargo la creación, planificación, promoción, estímulo, coordinación y supervigilancia tanto de la organización como del funcionamiento de los jardines infantiles."*

Artículo 31º: *"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."*

Sexto: que, desde el momento que se hicieron públicos los propósitos, del MOVILH, sin protesta ni contra reacción de la Junta, como organismo patrocinante, que da su amparo, protección y auxilio al proyecto, concertado con él, ha quedado de manifiesto su respaldo a estas acciones, no pudiendo entenderse otra cosa tampoco, pues la productora del libro fue evidente en su solicitud, en cuanto a su intención de publicarlo con el destino de circulación, y no de efectuar una edición y producción privadas, en un ámbito

restringido. De qué otra manera, si no, podría realizarse el objetivo que manifestó MOVILH, de "educar en el respeto a la diversidad familiar" compartido por la autoridad educadora puesto que opera como justificación de su patrocinio.

Por consiguiente no es inocua su autorización. Hace a la Junta nacional de jardines infantiles responsable de sus consecuencias. La más idónea, y concordante con lo que se expresará a continuación es, según recomienda el Comité de derechos del niño, en su Observación N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1), observación N° 99, la evaluación del impacto 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, en la forma que en dicha directriz se expresa.

Ello, porque es una medida adoptada por la Junta dentro de las políticas de su competencia y las acciones de los órganos públicos tienen sus efectos. Esta evaluación, debe complementarse con el seguimiento y ponderación permanentes del proyecto, y ella debe basarse mínimamente, en las aportaciones de los niños dentro de su derecho a participar en las decisiones relativas a sus derechos y la comunidad educativa conformada por los directivos, educadores y otros profesionales y funcionarios que la integren y los padres u apoderados. Sin perjuicio que, además, tengan valor agregado, las opiniones de los expertos en la materia, los organismos públicos dedicados a la educación de infantes, los académicos y las experiencias documentadas de todos países. Y finalmente, debe ponerse a disposición del público.

Séptimo: 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.

En efecto, la misma Convención de derechos del niño, sobre el concepto de "familia", al cual recurre reiteradamente, entrega una noción con elementos generales, "es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad según establezca la costumbre local (art. 5)." [Comité de derechos del Niño. Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Observación 59.]

Se reconoce en la CDN, diversas formas de vinculaciones, que tienen como trasfondo el desarrollo del niño en un medio que reúna las condiciones básicas de una familia, ocuparse de su cuidado, bienestar, educación, en un marco protector, respetuoso de sus derechos y que le brinde afecto y seguridad, donde pueda cumplirse el objetivo del artículo 5, su desarrollo, en el sentido de evolución progresiva en orden al ejercicio de sus derechos, que a su vez es la responsabilidad de los padres u otras figuras claves, que portan la carga de guiarlo y orientarlo en esa dirección. El mismo artículo alude a los padres, o, en su caso, a 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. [Comité de derechos del Niño. Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Observación 71.]

Dentro de la misma idea, el artículo 20, establece entre los cuidados protectores del niño, privado de su medio familiar, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Es decir, concibe la existencia de una diversidad de figuras que pueden no tener una referencia directa a progenitores, hombre y mujer, padre o madre.

Y la CDN no está aislada en ese propósito, así y solo a modo de ejemplo, la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, adoptada en La Paz, Bolivia el 24 de mayo de 1984, ratificada por Chile el 26 de octubre de 2001, (en D O. 30 abril 2002) con solo la reserva del artículo 2, refiere al caso de adopciones distintas a las figuras de adopción plena, legitimación adoptiva "y figuras afines", para regular el tema que le interesa discernir, (la jurisdicción cuya legislación regirá el punto en conflicto) Ilustrativo es el artículo 10.

Octavo: que, la libertad que la CDN prevé para el niño, en lo confrontado en autos, en el artículo 14, es su derecho a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, cuya guía, de igual modo que en el artículo 5, está radicada en los padres, o en su caso en los representantes legales. Reconoce como límite, solo lo prescrito en la ley, que sea necesario para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

De forma tal, que la remisión al derecho interno obedece al respeto a prescripciones legales prohibitivas relativas a los objetivos específicos señalados. La moral, en el sentido que interesa a los recurrentes, excluyente por incorrecta de una formación familiar con dos referentes hombres, que asumen en conjunto, la función parental que corresponde a uno de ellos, no es una idea que pueda entenderse, sin más, representada en la Convención.

De la misma manera como un determinado credo religioso, no es el aludido en la idea de libertad de religión.

Noveno: que, por el contrario, el acento está en la premisa del preámbulo de la CDN: "Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana."

A la vez que el principio de no discriminación tiene su base en la prohibición de exclusión de ninguno de la especie en razón de cualquier condición, entre otras, sexo u opinión de alguna índole.

En general, sobre el tema, la Corte Interamericana de derechos humanos, en su Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión interamericana de derechos humanos, pronunciándose sobre la igualdad, ha considerado, en el numeral 45:

"[1] la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza." Pormenorizando, alude en el numeral 69, a la Corte europea de derechos humanos, que ha declarado que el concepto de vida familiar "no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común fuera del matrimonio." (Se refiere al caso Eur. Court H. R., Keegan v. Ireland. Judgement of 26 May 1994, Series A n° 290, para. 44; y Eur. Court H. R., Case of Kroon and Others v. The Netherlands, Judgement 27 th October, 1994, Series A n° 297 C, para. 30.

Décimo: que, en este mismo sentido, Aguilar Cavallo, deja de manifiesto la dificultad que ha habido en la jurisprudencia chilena para descifrar el interés superior del niño, en un caso en que, en lo substancial, de fondo, hay semejanza temática con el actual, como sucedió con la resolución de la "Corte Suprema de Chile, con motivo de la tuición de las hijas de la juez Atala, cuando con fecha 31 de mayo de 2004 la cuarta sala de Corte Suprema estableció que "las condiciones descritas constituyen ampliamente la "causa justificada" que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre..." (AGUILAR Cavallo, Gonzalo, *El principio del interés superior del niño la Corte Interamericana de Derechos humanos*, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247. La cita, p. 231.) Se alinea esta opinión con la dictamen de la Comisión interamericana de derechos humanos, que al resolver la admisibilidad de ese caso adujo, en el numeral 64, que "La Comisión estima que los alegatos asimismo pueden configurar violaciones del derecho a la vida privada y familiar de las presuntas víctimas (...) Los peticionarios sostienen que el Estado alegadamente interfirió arbitraria y abusivamente en la vida privada y familiar de la Sra. Karen Atala y sus hijas, al revocar la custodia exclusivamente en base a prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual de la Sra. Atala..."

Décimo primero: que en particular, para facilitar el entendimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, sobre el cual estipula el artículo 24, la interpretación auténtica de las Naciones Unidas, expresada a través del Comité de los derechos del niño, en su Observación general N° 15, expresa:

"8. A fin de lograr la plena realización del derecho de todos los niños a la salud, los Estados partes tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación, importante factor que contribuye a la vulnerabilidad.

En el artículo 2 de la Convención figuran diversos motivos con respecto a los cuales está prohibido discriminar, en particular la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otro tipo, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Al respecto cabe mencionar también la orientación sexual, la identidad de género y al estado de salud, en particular el VIH/SIDA y la salud mental. También hay que prestar atención a cualquier otra forma de discriminación que mine la salud del niño y hacer frente a los múltiples tipos de discriminación.”

Teniendo esta directriz, entre otras, presente, agrega este documento:

“60. La educación en materia de salud sexual y reproductiva debe hacer referencia a la conciencia de uno mismo y de su propio cuerpo, incluidos aspectos anatómicos, fisiológicos y emocionales y a de estar al alcance de todos los niños, varones o hembras. Su contenido debe guardar relación con la salud y bienestar sexuales, por ejemplo mediante información sobre los cambios corporales y los procesos de maduración, y ha de estar concebido para que los niños puedan recabar conocimientos sobre la salud reproductiva y la prevención de la violencia basada en el género y adopten un comportamiento sexual responsable.”

Décimo segundo: que, a criterio de esta Corte, la Observación N° 15 efectúa una interpretación concordante con la Observación general N° 14, (2013) del mismo Comité, que razonando sobre la identidad del niño, manifiesta:

“57. Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores

culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención.”

Décimo tercero: 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.

Consideraciones por las cuales, atendido, además, lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución política del Estado, y Auto acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre tramitación y fallo de esta clase de recursos, de 24 de junio de 1992 y sus modificaciones, se rechaza el recurso de protección presentado por los pastores evangélicos señores Flavio Hernández Márquez, y Pedro Carvajal Báez, contra la Junta nacional de jardines infantiles, representada por su Presidenta ejecutiva doña Desirée López de Maturana, con las siguientes declaraciones

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.

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

Se previene que el Ministro interino Sr. Rojas, concurre al rechazo del recurso, teniendo, además, para ello presente, que, en relación a los derechos constitucionales, que se supone afectados, no parece plausible un amago a su respecto, desde que del análisis de la publicación o libro de que se trata, se aprecia un relato planteado en términos generales y en gran medida neutros, suficientemente acorde con la edad de sus destinatarios, de modo tal que la relación entre los eventuales "papás" del menor protagonista, objetivamente analizada, incluso resulta asimilable a una amistad pura y simple, más allá de la incipiente connotación homoparental que pueda concebirse de tomarse dos hombres de la mano y sacarse fotos familiares, lo que, si bien analizado en su contexto, contiene una significación desde el prisma de una persona adulta, no resulta suficientemente asimilable a una flagrante violación de derechos fundamentales, que es lo que a través del presente recurso se trata de reparar, precaver o evitar.

Por lo demás, la recurrida, así como los municipios, disponen igualmente de las facultades para distribuir o no en los establecimientos educacionales, las lecturas que estimen adecuadas y positivas en el marco de la formación y educación de los menores, sobre cuya educación han de velar, con el fin de instar por un desarrollo integral, normal y completo de los niños, fomentando su educación en materias como la no discriminación y apoyo a la diversidad, siempre en el entendido que no ha de tratarse de literatura perniciosa, sugestiva, cuestionable, o valóricamente dirigida, que pueda afectar negativamente el desarrollo de los menores, teniendo presente su interés superior, de acuerdo al artículo 3 N° 1 de la Convención de Derechos del Niño. Lo anterior constituye una objetiva instancia de análisis respecto de la

pertinencia o no de la distribución del texto cuestionado, en que las autoridades administrativas han de pronunciarse, teniendo en cuenta los conceptos indicados. En la especie el libro de que se trata y su distribución, no constituye un acto u omisión arbitrario o ilegal vulneratorio de derechos los constitucionales al punto que haga plausible acoger el recurso de protección, razón por la cual se impone el rechazo.

Se previene además que el Ministro interino señalado no comparta las declaraciones formuladas en lo resolutivo de la sentencia, siendo de opinión de rechazar el recurso de protección, pura y simplemente.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción de la Ministra Sra. Pinto.

Rol 435-2014, Protección.

DICTADO POR LA MINISTRO TITULAR DOÑA MARTA JIMENA PINTO SALAZAR, EL MINISTRO TITULAR DON MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI Y EL MINISTRO INTERINO DON GONZALO ROJAS MONJE. AUTORIZA DOÑA ISABEL MARGARITA ZUÑIGA ALVAYAY, SECRETARIA TITULAR.

En Punta Arenas, veintidós de diciembre de dos mil catorce, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.