

C.A. de Santiago

Santiago, veintiocho de julio de dos mil veintitrés.

Proveyendo al Folio 70: Estese a lo que se resolverá a continuación.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Comparecen doña Macarena Bustamante Sinn y don Álvaro Ferrer Del Valle, abogados, quienes interponen recurso de protección en contra de doña Anastasia María Benavente, por el acto que consideran ilegal y arbitrario consistente en publicar en sus redes sociales, como Facebook e Instagram, una presentación realizada en el Programa “Las Gansas” de La Red, el pasado 21 de agosto de 2021 que traspasa los límites de la libertad de expresión, incitando al odio y a la violencia y afectando ilegítimamente sus derechos constitucionales a la honra, al libre ejercicio del culto religioso y a no ser objeto de discriminación arbitraria en razón de sus convicciones religiosas, consagrados en los numerales 4°, 6° y 2° de la Carta Fundamental.

Fundan el recurso expresando que, con la fecha antes indicada, y en el programa de televisión referido, la recurrida protagonizó una performance, cuyo contenido transcribe. Afirman que recurren contra la publicación del registro en video de dicho acto, la que habría efectuado en sus redes sociales abiertas al público: Facebook e Instagram. Añaden que, al tiempo del recurso, La Red había “bajado” los respectivos registros de sus plataformas virtuales, luego que el Consejo Nacional de Televisión recibiera más de 600 denuncias contra el programa; a su vez, ese Consejo, en sesión ordinaria de 06 de septiembre de 2021, resolvió formular cargos en contra de la emisora, por infracción al artículo 1° de la Ley N° 18.838. Luego, aclaran que no recurren contra la “performance” propiamente tal, sino contra la publicación del registro en las redes sociales antes señaladas.

Según la exposición de antecedentes de hecho que contiene el recurso, el contenido de la presentación efectuada por doña Anastasia María Benavente, es el que sigue:

“Esta performance va dedicada al Papa y a les constituyentes, para que por fin en este país, Iglesia y Estado sean asuntos separados.

[Música]

[Canto] Me cago en tu santidad, también en tu autoridad. Me cago en tu gorra papal. A quemar, a quemar, a quemar, a quemar y a quemar. Si estás en la constituyente, no te olvides de la disidente, o me cago en tu autoridad, o mejor quema al paco y a su general. A quemar, a quemar, a quemar, a quemar y a quemar”.

Luego hay un baile con un látigo, y la cantante se pone de espaldas mientras otro bailarín saca con la boca un rosario de su ano. Luego continúa la canción.



“Me cago en tu santidad, también en tu autoridad. Me cago en tu gorra papal. A quemar, a quemar, a quemar, a quemar y a quemar. ¡Prendamos fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fuego, fueeeegoooo!”

[Aplausos].

A su vez, transcriben el mensaje que la recurrida habría publicado en sus redes sociales junto al registro de video. En cuanto a la red social Instagram, destacan que la recurrida habría expresado: *“Acá no hay efectos especiales, el rosario sale de mí, me cago en él y todo lo que simboliza esa religión de odio hacia la comunidad LGBTTIQA+.”*. Respecto de la publicación en la red social Facebook, destacan: *“Y si me saco un rosario del culo es justamente por eso, porque me cago en sus símbolos que han perpetuado el odio y la desigualdad. Cuando en mi canción digo a quemar !!! es justamente eso, a quemar las estructuras de opresión que nos han subyugado por siglos e interpelo a les constituyentes para que efectivamente, esto que llamamos Estado sea laico, que la familia impuesta no sea la heterosexual, sino las múltiples formas de amor y de agruparnos.”*

En cuanto al fondo, arguyen que el acto recurrido es ilegal, al contravenir lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.638 y en el artículo 2° de la ley N° 20.609, los que transcriben. A lo anterior, añaden consideraciones contenidas en la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación asentadas en la religión o las convicciones, de 1981, y en la resolución 2002/55, de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

De lo anterior, coligen que la publicación reprochada constituye un claro acto de discriminación irracional en contra de quienes son miembros de la Iglesia Católica, alentando a excluir o restringir sus opiniones en cuanto católicos, del debate público.

Prosiguen argumentando que el acto recurrido es arbitrario en cuanto irracional e injusto, no encontrándose amparado en nuestro ordenamiento jurídico. Al efecto, alegan que la recurrida actuó de manera caprichosa, desproporcionada, abusiva e injusta al difundir en sus redes sociales, abiertas al público, un video en el que deliberadamente ataca de manera grave figuras y símbolos propios del credo católico con un fin burlesco y grosero, con un tono violento y destemplado donde llama “a quemar”, “fuego” y a “cagarse en el Papa y en el Rosario”, lo cual constituye un claro mensaje cargado de hostilidad hacia los miembros de la Iglesia Católica y en menoscabo y menosprecio de los mismos. En la misma línea, citan lo previsto en el numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y haciendo referencia al “abuso del derecho” -lo que vinculan con la arbitrariedad del acto- para lo cual citan



sentencia de 02 de abril de 2019 de esta Corte, dictada en causa Rol N° 37-2019.

Seguidamente, citan lo previsto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y expresan que entienden que, en la especie, se encuentra grave y directamente afectada la honra de la Virgen María, añadiendo que el rosario constituye un símbolo religioso de especial veneración para quienes creen en ella, lo que vinculan con la legitimación activa para recurrir de protección, pues que la afectación de la honra de la Virgen María se extiende a la propia de los actores.

En cuanto a la garantía contenida en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República, razonan que si la libertad religiosa incluye el derecho a no ser ofendido en las creencias legitimadas en el orden constitucional, otro tanto debe concluirse respecto al sentimiento religioso que naturalmente deriva de ellas: no existe derecho a menoscabarlo.

En tal sentido, refieren que no sólo constituye afrenta a la libertad religiosa la imposición de un credo determinado o la prohibición o disuasión de su práctica: también la injusta afectación del sentimiento religioso indisolublemente ligado a dicho credo. Citan jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y sentencia de esta Corte, dictada en causa N° 91.357-2020, concluyen que parece evidente que el actuar de la recurrida constituye una vulneración a su sentimiento religioso, por lo que se ha visto afectado su legítimo ejercicio al libre ejercicio del culto. Vinculan lo anterior con la afectación de su honra, y consideran ser objeto de una discriminación arbitraria, vulnerándose, además, la garantía contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, piden acoger el recurso en todas sus partes, y sin perjuicio de las medidas que esta Corte pueda juzgar como necesarias y prudentes, ordenar la eliminación de las publicaciones recurridas de sus redes sociales, así como de toda otra plataforma de libre acceso al público que maneje la recurrida.

Segundo: Informando la recurrida, doña Anastasia María Benavente, expone que el 21 de agosto de 2021, en el Programa “*Las Gansas*” del canal de televisión La Red, dedicado a la comunidad LGBTIQ+, y que se emitía dentro de la franja de adultos, se realizó una performance artística que contenía un discurso simbólico de carácter político y sobre asuntos de actualidad e interés público, titulada “*Fuego: Performance Anticlerical*”.

Con fecha 22 y 23 de agosto de 2021 publicó en sus perfiles de las plataformas de redes sociales, Instagram y Facebook, la grabación de dicha performance, acompañada con texto, donde se indica



expresamente que: *“Esta performance va dedicada al Papa Francisco y a les constituyentes, para que por fin en este país, Iglesia y Estado sean asuntos separados”*. Explica que su performance es *“postporno”*, que justamente es una crítica al porno, a la objetivación de la mujer, al uso del poder patriarcal, y que fue desarrollada en ejercicio de su libertad de expresión artística, que, a su vez, forma parte del contenido protegido de la libertad de expresión. Refiere que, cuando se valora este tipo de expresión, debe considerarse la motivación y el uso simbólico.

Bajo el acápite “presunción de cobertura para todas las formas de discurso”, arguye que, en principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Esta presunción general se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público.

A lo anterior, suma que es de particular importancia, para el caso que nos ocupa, la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población ya que “así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática”, como ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Prosigue señalando que los estándares internacionales en materia de libertad de expresión indican que existen ciertos tipos de discurso que reciben una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. Entre los discursos especialmente se encuentra el discurso político y sobre asuntos de interés público; y el discurso sobre personajes o autoridades públicas. Al efecto, refiere que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege tanto la emisión de expresiones inofensivas y bien recibidas por la opinión pública, como aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos, a los candidatos a ejercer cargos públicos, o a un sector cualquiera de la población. Esta protección reforzada se observa en otros sistemas internacionales de Derechos Humanos, a los que hace referencia.

Añade que, como se ha indicado en los hechos, el discurso que motiva el recurso está explícitamente dedicado al Papa Francisco, y a los convencionales que integran la Convención Constitucional; mientras que



la difusión de la performance se realiza en el contexto del debate jurídico-político, que identifica como cambio constitucional.

En este contexto, señala que la publicación de la actuación artística reivindica el principio de laicidad del Estado mediante la utilización del término “anticlerical” o la expresión “que por fin en este país, Iglesia y Estado sean asuntos separados”. Las expresiones críticas y despectivas que forman parte del contenido de la performance se dirigen a distintas autoridades, mientras que no contiene expresiones dirigidas a menospreciar, incitar a la discriminación o excluir del debate público a los creyentes de la religión católica. Luego, hace referencia a la expresión artística, que en su parecer constituye un importante vehículo para que cada persona, individualmente o en comunidad con otros, como los grupos de personas, se desarrollen y expresen. En este contexto, hace referencia al contenido de un informe en el 23º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, de 2013, de la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales de Naciones Unidas.

Expone consideraciones en torno a la diferenciación del discurso político-artístico de la incitación a la discriminación o la violencia, señalando que hay poco margen para limitar el discurso político o el debate sobre cuestiones de interés público. Al efecto, cita la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a las sanciones impuestas por Rusia a las artistas que realizaron una performance del grupo “Pussy Riot” en la que realizaban expresiones contra los jerarcas de la Iglesia Ortodoxa, donde el tribunal destaca que “siempre que las opiniones expresadas no supongan incitación a la violencia –en otras palabras, a no ser que aboguen por recurrir a acciones violentas o sangrientas, justifiquen la comisión de delitos terroristas para lograr los objetivos de sus defensores o puedan interpretarse como posible incitación a la violencia mediante la expresión de un odio arraigado e irracional hacia determinadas personas- los Estados contratantes no deben restringir el derecho de la sociedad a ser informada de dichas opiniones” (Caso Mariya Alekhina y otras v. Rusia, párr. 260).

Expresa que, la forma y contenido del mensaje cuestionado, pueden parecer ofensivos o desagradables para determinadas personas, se trata de una expresión de carácter artístico que utiliza un lenguaje simbólico y provocador, por lo que no debe considerarse la literalidad del mensaje ni su análisis descontextualizado. Respecto al alcance del discurso objeto de reproche, refiere que la acción se dirige únicamente a la difusión de la performance “*Fuego: Performance Anticlerical*” a través de su perfil personal de Instagram y Facebook, donde cuenta con apenas 3.600 y 1.400 seguidores aproximadamente. Por tanto, considera que el mensaje tiene un alcance muy limitado, que no puede compararse al que tienen los medios de comunicación masivos. Añade que, si bien son



potencialmente accesibles por cualquier persona con acceso a Internet, lo relevante para cuantificar el alcance de los mensajes realizados es el número de suscriptores o seguidores del canal, así como la cantidad de reproducciones. Ello en contexto que su contenido se destina a un segmento específico de la población, interesado en la temática LGTBIQ+.

Indica que el mensaje no contiene una incitación a la violencia o a la discriminación de los creyentes de la religión católica, ni provoca un riesgo cierto de que la difusión del mensaje pueda provocar daños a los recurrentes o sus familias. La performance no contiene expresiones destinadas a alentar a excluir o restringir nuestras opiniones en cuanto católicos del debate público. Finalmente, pide el rechazo del recurso, por no concurrir en la especie los supuestos de vulneración de la garantía invocada por el recurrente, con expresa condena en costas, al tratarse de una acción que tiene por finalidad censurar y causar un efecto inhibitorio sobre el ejercicio de su profesión y de la libertad de expresión.

Tercero: El recurso de protección de garantías constitucionales, contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que esa misma disposición enumera, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbare ese ejercicio.

Surge de lo anterior, que es requisito sine qua non para que pueda prosperar la mentada acción cautelar que exista un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o bien, arbitrario, entendiéndose por tal aquél que es fruto del mero capricho de quien lo ejecuta o incurre en él, acto u omisión que debe provocar, además, alguna de las situaciones ya indicadas y que afecte una o más de las garantías constitucionales protegidas.

Cuarto: Como puede colegirse de las presentaciones que han efectuado recurrentes y recurrida, lo relevante en el presente arbitrio es determinar si la difusión en las redes sociales Facebook e Instagram, de los gestos referidos en la performance, más las expresiones vertidas por la recurrida Anastasia María Benavente, las que aún se mantienen vigentes, conforme a la presentación efectuada por los recurrentes a folio 70, se han vulnerado los derechos fundamentales garantizados en los numerales 2, 4 y 6 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Para contextualizar el origen de la publicación que se estima vulneratoria por los recurrentes, es menester señalar que es indiscutido que aquella proviene de una performance realizada por la recurrida, la que fue difundida por el canal de televisión La Red, pero que después fue eliminado de la base de datos, al recibir múltiples reclamos, siendo



incluso ese medio de comunicación sancionado por el Consejo Nacional de Televisión (en adelante CNTV).

En efecto, el Consejo Nacional de Televisión aplicó al citado medio televisivo la multa de 80 UTM, decisión que fue recurrida ante esta Corte de Apelaciones, pero que por sentencia de 21 de enero de 2022, dictada en la causa Contencioso-Administrativo, Rol N° 551-2021, fue confirmada en todas sus partes. La mentada sentencia no fue recurrida ante la Corte Suprema, por lo que se encuentra ejecutoriada.

Por lo tanto, el presente recurso se limita solo a determinar si las expresiones que mantiene la recurrida en las redes sociales transgreden o no los derechos fundamentales antes referidos.

Quinto: Para abordar el fondo de la controversia, es inevitable soslayar que en la especie se evidencia una colisión de derechos, entre la libertad de expresión con libertad religiosa, lo que fluye sin duda de las presentaciones de las partes.

En esta materia, útil es traer a colación lo manifestado por el Ex Ministro de la Excm. Corte Suprema, don Carlos Aránguiz Zúñiga, en un voto disidente, manifestado en la causa Rol N° 9.152-2019, que esta Corte comparte. En efecto, con ocasión de un recurso de queja presentado por el Canal 13 TV, a raíz de una sanción pecuniaria aplicada por el CNTV a dicho canal, con motivo de unas palabras inadecuadas de un humorista para referirse a la Virgen María, el Ex Ministro Sr. Aránguiz, citando al autor Ricardo García García, en lo relativo a la colisión de ambos derechos, manifestó: “Sin embargo, el límite es evidente: hay que dejar en claro que la libertad de expresión no es la libertad de ofender, sino la libertad de decir cosas que puedan ser ofensivas para otros o ser entendidas como ofensivas. No da derecho al insulto gratuito” (Considerando 5° del voto disidente).

En el mismo sentido, en el plano internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución de 17 de diciembre de 2007, difundida el 8 de marzo de 2008, en lo pertinente, expresó que “*deplora el uso de la prensa y los medios de comunicación audiovisuales y electrónicos, incluida Internet, así como de cualquier otro medio para incitar a actos de violencia, xenofobia o formas inconexas de intolerancia y discriminación contra el Islam o cualquier otra religión, así como para atacar símbolos religiosos.*” Luego, la misma resolución agrega que “... *insta a la adopción de medidas para prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que conlleve incitación a la discriminación, hostilidad o violencia ...*”.

Útil es, en este punto del análisis, recordar que la disidencia o crítica del credo religioso no se opone al legítimo ejercicio de la libertad de expresión, pues obviamente es de la esencia de este derecho emitir opinión.



PZTXGLVXES

El problema se presenta cuando la crítica o reproche a la práctica del credo religioso contiene un discurso de odio o de incitación a la violencia.

Sexto: En efecto, siguiendo en este punto el artículo de Rafael Palomino, “Libertad religiosa y libertad de expresión” (EN: *Ius Canonicum*, XLIX, N° 98, 2009, págs. 529-535), un punto básico para delimitar la difamación y el discurso de odio está centrado en que respecto de la primera manifestación, esta no supone necesariamente violencia o promoción de la misma; en cambio, el discurso de odio conduce a la discriminación, a la hostilidad, a la violencia. La crítica permisible a una religión concreta, por estimar que sus dogmas son incorrectos, absurdos o falsos y la incitación contra esa misma religión no es un problema de intensidad. Así, el difamador infiere heridas de carácter meramente ideológicas sobre una fe o creencia, a partir de expresiones que, en cuanto ásperas, estúpidas o serias, pertenecen al perfil dinámico de la libertad de discusión. El discurso de odio, en cambio, se proyecta en heridas sobre un sujeto determinado, sea éste individual o colectivo, en cuanto portador de valores y creencias que forman la propia identidad.

La incidencia del Discurso de Odio ha sido tratado en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en dos Recomendaciones de interés. La primera de ellas es la Recomendación 1510 (2006) en la cual, en lo pertinente se indica que las leyes penales sobre blasfemia deberían desaparecer, al igual que la discusión crítica, la sátira, el humor o la expresión artística deben gozar de un amplio grado de libertad y el recurso a la exageración no debe considerarse una forma de provocación.

Sin embargo, la Asamblea Parlamentaria, recuerda que hay un margen de restricción cuando se regula la libertad de expresión en relación con cuestiones que pueden ofender las íntimas convicciones morales o religiosas y que el discurso de odio contra un grupo religioso no es compatible de modo alguno con los derechos fundamentales y las libertades garantizadas por el Convenio Europeo y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Séptimo: Ahora, en lo que respecta a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 13.2 establece que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público a la salud o la moral públicas.

Luego, la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó el sentido y alcance del artículo 13 citado, fijando, para el caso que se haga efectiva la responsabilidad ulterior, por un abuso en la libertad de expresión, cuatro requisitos, a saber: a) La



existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlos, y d) Que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.

Octavo: En este periplo normativo, corresponde ahora aludir a la legislación nacional. Para este efecto, aun cuando el artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas: *“La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”*, y el N° 12 del mismo texto constitucional, también asegura a todo ciudadano: *“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”*, la colisión entre ambos derechos fundamentales es perfectamente posible.

En efecto, si bien la restricción o límite a la libertad de opinión está dado en forma posterior a su emisión, por las responsabilidades que, a consecuencia, de alguna expresión que perjudique a otro, por su lado, la libertad en el ejercicio del culto religioso también está permitida, a menos que esta se oponga a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Para ello, entonces, útil es acudir a la Ley N° 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas. Así, el artículo 2° dispone: *“Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley.”* A su vez, el artículo 3° de la ley en comento, indica: *“El Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas”*. Por último, en lo relevante el artículo 6°, inciso primero de la misma ley, señala: *“La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de: ...”*

Noveno: Aún más, también existe otra arista en que se puede observar una nueva colisión de derechos fundamentales y es, como consecuencia de la igualdad ante la ley y la libertad de expresión. Para esto, habría que considerar que los recurrentes indican que quienes practican la fe católica han recibido de parte de la recurrida un trato intolerante y discriminatorio.

En este escenario se enfrentan, entonces, el citado numeral 12 antes reproducido y el N° 2 del citado artículo 19, que, en lo medular,



señala: *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.”*

Complementando este derecho fundamental, la Ley N° 20.609, conocida comúnmente como “Ley Zamudio”, en su artículo 2°, al definir el concepto de discriminación arbitraria, establece: *“Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”*

Décimo: De las normas y consideraciones citadas en los motivos precedentes se puede inferir que, al emitir la recurrida, tanto en la actuación escénica, como en las redes sociales Facebook e Instagram, opiniones propias ofensivas a la Iglesia Católica, utilizando para ello gestos y expresiones vejatorios a dicho culto y a sus símbolos religiosos, llamando incluso a “quemar” esa institución, está clara y llanamente incitando a actos violentos, con un discurso de odio hacia esa religión que no se condice con la tolerancia y el respeto que merece esa creencia como cualquier otra.

En efecto, esos actos infringen no solo el artículo 19 N° 2 y N° 6, en cuanto vulneran la libertad de culto y trasuntan una discriminación arbitraria que formula el recurrente contra quienes profesan el credo católico, sino también exceden el ámbito de ejercicio del derecho de opinión, pues ya el artículo 13.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, señala como uno de los límites de ese derecho velar por *“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”*, lo que obviamente el actor no ha cumplido.

Dicha disposición es perfectamente aplicable al derecho interno, no solo porque emana de un tratado internacional sobre derechos humanos, y es aplicable en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, sino porque también tiene su respaldo en la legislación nacional.

En efecto, como antes se señaló, tanto la Ley N° 19.638, en materia de libertad de culto, como la Ley N° 20.609, sobre proscripción de la discriminación arbitraria, contienen normas que aseguran el correcto



ejercicio de las creencias religiosas y la sanción de la discriminación arbitraria, actitudes que claramente el recurrente ha incurrido.

Más aún, en lo relativo al discurso de odio, cabe agregar que la Ley N° 20.813, publicada en el Diario Oficial el 6 de febrero de 2015, incorporó una nueva agravante, con el N° 21 del artículo 12 del Código Penal, la que contempla, entre otras calidades, “Cometer el delito o participar en él motivado por la (...) religión de la víctima...”, lo que viene a corroborar que esta motivación de odio tiene actual asidero en la legislación nacional.

Por último, en lo tocante al carácter arbitrario de esos actos, gestos y expresiones, no existe justificación alguna que avale ese comportamiento, pues la crítica o reproche era suficiente para manifestar la discrepancia, pero al incorporar amenazas sobre el uso de la violencia ya excede el ámbito de la protección que pretende, resultando –a estas alturas- estériles e ingenuas sus explicaciones en cuanto a que “se trata de una expresión de carácter artístico que utiliza un lenguaje simbólico y provocador, por lo que no debe considerarse la literalidad del mensaje ni su análisis descontextualizado”, en atención a que el efecto es precisamente lo contrario: amenazar, incitar a la violencia y atacar los símbolos religiosos, no solo mofándose de ellos, sino vejándolos en su esencia espiritual.

Por último, siempre en lo arbitrario, llama la atención de esta Corte que la recurrida, al emitir esos improperios y vejámenes, demuestre con ello un nivel de intolerancia hacia quienes no piensan como ella, en una actitud que rebasa la mera discrepancia, crítica o burla, pues el mensaje de violencia y destrucción que emerge de sus palabras trasunta más que una opinión, transformándose en odio y discriminación hacia quienes profesan esa religión.

Undécimo: En virtud de todo lo anterior, el recurso de protección debe ser acogido, al haberse acreditado que los actos y expresiones de la recurrida descritos en el recurso, son arbitrarios e ilegales, ya que vulneran los derechos fundamentales de libertad religiosa y de igualdad ante la ley, en su vertiente de discriminación arbitraria, consagrados en los numerales 6 y 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que disponen los artículos 5°, 19 N° 2 y N° 6 y 20 de la Constitución Política de la República; artículo 13.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; artículos 2, 3 y 6 inciso 1° de la Ley N° 19.638; artículo 2° de la Ley N° 20.609 y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, se **acoge**, sin costas, el recurso de protección interpuesto por los abogados Macarena Bustamante Sinn y Álvaro Ferrer Del Valle, en contra de doña Anastasia María Benavente y, en consecuencia, se ordena a la



recurrida la eliminación de las publicaciones singularizadas por los recurrentes en las redes sociales Facebook e Instagram, así como de toda otra plataforma de libre acceso al público que maneje la recurrida, dentro de tercero día en que esta sentencia quede firme o ejecutoriada.

Acordado lo anterior con el voto en contra de la ministra Graciela Gómez Quitral, quien estuvo por rechazar el recurso, en base a los siguientes fundamentos:

1° Que, en primer término, es dable señalar que en materia de recurso de protección, no existen normas que constituyan una excepción a las generales que exigen en todo actor o recurrente una cualidad o virtud especial para accionar, y que en doctrina procesal se conoce con el nombre de *legitimación ad causam o legitimación para obrar*, conforme a la cual es necesario que la acción sea presentada precisamente por aquella persona que la ley considera particularmente idónea para estimular en el caso concreto la función jurisdiccional, esto como consecuencia necesaria de la naturaleza disponible de los derechos privados, toda vez que actuar en juicio para la defensa del derecho es un modo de disponer del mismo (Calamandrei, Piero; Instituciones del Derecho Procesal Civil, Volumen I, Editorial Librería del Foro, 1996, Buenos Aires, Argentina, págs., 262 y 264).

En consecuencia, conforme a lo preceptuado en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, para la procedencia del recurso de protección se requiere, en primer término, que quien lo interponga sea *“El que por causa de actos u omisiones, arbitrarias o ilegales, sufra perturbación, privación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19 en los numerandos que menciona a continuación”*; noción que es reiterada en el artículo 2° del Acta que fijó el texto refundido del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, al expresar que *“El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple o por cualquier medio electrónico”*.

Lo anterior es así, desde que la presente acción cautelar está dirigida a proteger intereses concretos de alguna persona o grupos de personas perfectamente identificadas, que puedan verse privadas, perturbadas o amenazadas en el legítimo ejercicio de los derechos amparados por la Carta Fundamental.

De esta forma, el recurso de protección puede ser entablado directamente por el agraviado o afectado -titular de los derechos cuyo ejercicio la acción de protección pretende amparar- o por alguien en su nombre, entendiéndose que lo hace en su favor con la anuencia, consentimiento o voluntad de quienes sufren el agravio, requiriéndose



además individualizar a cada una de las personas a favor de quien o quienes recurre.

De acuerdo a lo antes consignado, quienes impetran la presente acción tienen que acreditar ser titulares de los derechos o garantías que requieren de protección -interés determinado y específico que se encuentre actualmente comprometido-, y personalmente afectados con las omisiones arbitrarias o ilegales fundantes que reclaman como vulneratorias - agraviados-, para ser considerados como legitimados activos de la misma, por cuanto sólo en relación a ellos se podrían adoptar las medidas de resguardo impetradas.

2° Que, como constituye una exigencia de la presente acción acreditar la legitimación activa de quien comparece, el recurso de protección no puede ser considerado una acción popular, desde que pertenece al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama, por lo que no resulta admisible que los recurrentes planteen su pretensión sobre la base de sostener que comparecen en defensa del honor de la Virgen María o de todos aquellos quienes profesan la religión católica, sin que sea suficiente la extrapolación que hacen de tal atributo al suyo propio para sostenerla, y que constituiría el único motivo por el cual pudieron impetrarla.

3° Que, en otro orden de cosas, esta disidente tiene en cuenta para formular su discrepancia que los motivos para la interposición de la presente acción radican, de acuerdo al tenor del libelo, en que la recurrida alentaría con sus expresiones, a la exclusión o restricción de sus opiniones del debate público, en cuanto católicos; en el ataque deliberado y con fines burlescos y groseros, de símbolos propios del credo, con un tono violento y destemplado, dando cuenta de un mensaje cargado de hostilidad hacia los integrantes de la Iglesia Católica y en su menoscabo y menosprecio; en la afectación de la honra de la Virgen María por el citado ataque a uno de tales símbolos del credo, extendiendo en esta parte tal afectación de la honra de la Virgen, a la personal de los actores; y por la afectación de su sentimiento religioso, que deriva de la prerrogativa a no ser ofendido en las creencias legitimadas en el orden constitucional; invocando al efecto, las garantías previstas en los numerales 2°, 4° y 6° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

4° Que en este orden de ideas, sin que aquello implique un pronunciamiento sobre el fondo del contexto denunciado, se estima que, desde el punto de vista formal, la recurrida fundó su accionar en el contexto del ejercicio de su libertad de expresión dentro del debate del que fuere, en su momento, el proceso constituyente, argumentando a su respecto la imperiosa necesidad de configurar un Estado laico, esto es, separado de la Iglesia Católica.



5° Que al haberse planteado conjuntamente con los agravios inferidos a las figuras sacras que se indican o a quienes –sin individualización concreta- profesan un determinado credo, lo que no es admisible por las razones detalladas precedentemente, otros de carácter personal, resulta necesario para su abordaje tener en cuenta que, en concepto de esta disidente, atendido el carácter de los bienes jurídicos en juego, corresponde realizar un juicio de ponderación, sopesando los derechos que entran en colisión, a fin de determinar cuál de ellos tiene mayor peso en circunstancias específicas.

6° Que, en la labor descrita precedentemente, cobra relevancia tener en cuenta que el recurso postula la preeminencia de la protección de las convicciones de los recurrentes en materia religiosa, en relación a la expresión del pensamiento de la recurrida. En la especie, el canal de expresión de la citada opinión ha asumido la forma de una “*performance*” integrada por canto y baile y que el recurso describe, en la que se profirieron las expresiones que se califican como de odio, en un mensaje comunicativo que estiman atenta contra la libertad religiosa de los recurrentes, vulnera su honra y les discrimina, intentando su exclusión del debate público, según expresan.

7° Que en consecuencia, la colisión en la especie se plantea entre los agravios que invocan los recurrentes y la expresión de la opinión de la recurrida, la que constituye una proyección de su autonomía en cuanto persona, que implica el derecho de expresar libremente y sin autorización previa, opiniones políticas, filosóficas, científicas o religiosas, por cualquier medio, y que encuentra su tutela en la libertad de expresión, consagrada en el numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y, sin lugar a dudas, en la garantía prevista en el numeral 25° de la misma norma, que reconoce la libertad de creación artística como forma particular de la libertad de expresión, y el derecho a ponerla en práctica a través de actos y /o símbolos, o por cualquier otro procedimiento de su elección, conforme lo consagra el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, derechos que derivan de la autonomía e igual dignidad de las personas, y las habilitan para ingresar al espacio dentro del cual se adoptan las decisiones colectivas (Nino, Carlos. La constitución de la Democracia deliberativa, pag 94).

8° Que, asimismo, no puede perderse de vista que la expresión que se cuestiona en el recurso ha sido manifestada en el contexto del fallido proceso de deliberación sobre la redacción de una nueva Constitución, escenario en el cual no cabe duda a esta discrepante que *“la libertad de expresión sirve un importante valor político: el de permitir que las personas participen libremente en la formación de la opinión pública, frente a la cual el Estado es sensible. Esa opinión pública, a la que podemos contribuir en tanto agentes morales a los que se nos*



reconoce un lugar en la comunidad, trasciende el discurso (exclusivamente) político para abarcar otras formas de expresiones que también contribuyen a la formación de esa opinión y que, por lo mismo (en tanto el Estado es sensible a ella), amplía el ideal de autogobierno” (Lovera Parmo Domingo, El mito de la libertad de expresión en la creación artística, Revista de Derecho, Vol XXIII N° 1, Julio 2010).

9° En consecuencia, atendido el valor asignado al derecho constitucional de la libertad de expresión, considerando que el mensaje comunicativo trasciende a su contenido, aun cuando éste pueda ser considerado chocante u ofensivo, atendido que las expresiones artísticas suelen traducirse en imágenes y situaciones que pueden chocar o herir los sentimientos de personas, no puede admitirse la pretensión de cercenar esta manifestación en cuanto ella da cuenta de una disidencia consustancial a una sociedad democrática, poniendo de manifiesto una forma de ver el fenómeno religioso, por lo que la admisión del recurso, poniendo énfasis particular en el tipo de representación, da cuenta de una lectura que restringe la iniciativa artística y coloca trabas al libre debate de ideas (García Rubio, María Paz; Arte, Religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos [algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe], Anuario de Derecho Civil, tomo LXVII, 2014, fasc. II).

10° Por lo tanto, la protección a los sentimientos religiosos de un sector de la sociedad no puede significar la limitación de la libertad de expresión, por lo que la pretensión del recurso de adoptar medidas restrictivas del derecho de la persona recurrida a expresarse no puede ser atendida, máxime si el canal de difusión masivo del acto que estima vejatorio ha sido eliminado, restando sólo la expresión a través de redes en las que la persona denunciada expresa su individualidad, el que no puede ser cercenado por las razones alegadas.

Además, contribuye a la convicción expresada la constatación del error que subyace en el recurso en cuanto postula que la libertad religiosa protege el derecho a no ser insultado sobre las propias ideas en la materia, olvidando que la libertad de expresión es aplicable no sólo a las ideas que se reciben de modo favorable o que son inofensivas, sino también -como indica la recurrida- a las que chocan, ofenden o molestan a un sector de la población, atendido que la Convención Americana de Derechos Humanos protege no solo la sustancia de las ideas y la información, sino también la forma en que son transmitidas; como también el yerro referido a que la libertad religiosa comprende la tutela del sentimiento religioso, lo que no es efectivo, aspecto este último que, atendido su carácter individual referido a la relación emocional de las personas con respecto a las creencias que profesan, frente a los ataques que tengan por objeto estas creencias y busquen producir una reacción



de ofensa en el receptor de esas acciones o mensajes, puede encontrar su adecuado cauce en las acciones previstas por el ordenamiento jurídico destinadas a la adecuada tutela del derecho al honor, que no puede ser discutido en esta sede, por ser de lato conocimiento.

11° Que, por lo expresado, y siguiendo en esto a Manuel Atienza (Debate en torno a la laicidad, “Las Caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión, Universidad de Alicante, RIFP/30 (2007)), es dable colegir que 1) la interferencia al derecho a la libertad de expresión tiene carácter excepcional y, por ende, los requisitos que la vuelven permisible deben interpretarse restrictivamente; 2) la decisión sobre si una forma de expresión contribuye o no a un debate público que promueva el progreso de los asuntos humanos no puede depender de la idea de “progreso” que tengan las autoridades de un país; 3) no debe garantizarse un derecho a la protección de los sentimientos religiosos, desde que en particular aquel no puede derivarse del derecho a la libertad religiosa, el que incluye el derecho a expresar puntos de vista críticos sobre las opiniones religiosas de los demás. Asimismo, la interferencia a la libertad religiosa resulta necesaria en una sociedad democrática de derecho y como se ha señalado como manifestación de mérito artístico -hipótesis esta última que en la especie ha sido sostenida por la recurrida-.

12° Que, a la luz de lo expresado, no es posible concluir que la especie ha existido de parte de la recurrida un acto que pudiese ser calificado como arbitrario o ilegal para los fines de la acción cautelar que se intenta, resultando pertinente traer a colación que la E. Corte Suprema ha señalado que la amenaza que habilita para la interposición del presente arbitrio debe ser *“seria, directa y actual para los derechos esenciales”* (E. Corte Suprema, Rol N° 7.562-2008 de 26 de enero de 2009), presupuesto que no se cumple en este caso, desde que el objeto de las expresiones cuestionadas es la intervención en el debate público destinado a la re definición de la configuración de la sociedad en la que tenga cabida una concepción laica del Estado como orden de cosas en el que las disidencias tengan un adecuado canal de expresión, con pleno respeto de sus derechos, mensaje que es el que el intérprete ha intentado comunicar, centrándose el recurso en el reproche por la forma de tal expresión comunicativa.

13° Que, en consecuencia, considerando que los antecedentes aportados por la parte recurrente e informe de la recurrida, apreciados conforme a las normas correspondientes, no constituyen elementos de convicción suficientes para estimar acreditado que -en el presente caso- los hechos invocados en el recurso constituyan un acto arbitrario o ilegal que amague, altere o prive a los recurrentes del legítimo ejercicio de derechos y garantías enumerados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, la presente acción ha debido ser desestimada.



Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del ministro Tomás Gray y el voto en contra, de su autora.

Protección N° 38.913-2021.

Pronunciada por la Novena Sala, presidida por la Ministra señora Graciela Gómez Quitral e integrada, además, por el Ministro señor Tomás Gray Gariazzo y el Abogado Integrante señor Eduardo Jequier Lehuedé

En Santiago, veintiocho de julio de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Graciela Gomez Q., Tomas Gray G. y Abogado Integrante Eduardo Jequier L. Santiago, veintiocho de julio de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintiocho de julio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>