

MATERIA: RECURSO DE PROTECCIÓN

ROL: P-38913-2021

**EN LO PRINCIPAL: INTERPONE RECURSO DE REPOSICIÓN; EN PRIMER OTROSÍ:
EVACÚA INFORME**

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

[REDACTED], recurrida, en autos protectores, Rol N° P-38913-2021, caratulados [REDACTED] a SS. Ilتما. con respecto digo:

Que vengo a interponer recurso de reposición en contra de resolución de folio 32 de fecha 20 de abril del año en curso, notificada el día 29 de abril, que ordena el pago de multa de dos unidades tributarias mensuales en beneficio fiscal, solicitando se deje sin efecto en atención a lo que sigue:

El haber faltado a evacuar el informe, no fue por causa de voluntad y conciencia, sino que no tenía a mi alcance todos los elementos para ello, por cuanto aún me encuentro fuera de Chile, con pocas redes de apoyo y recuperándome de un tratamiento médico.

POR TANTO,

SIRVASE SS. ILTMA. Tener por presentado recurso de reposición en contra la resolución que decreta el pago de una multa de dos unidades tributarias mensuales, solicitando se deje sin efecto en atención a las consideraciones expuestas precedentemente.

PRIMER OTROSÍ: En este acto, vengo en emitir informe que me fuera requerido en mi calidad de recurrida de protección en estos autos, solicitando desde ya que, en mérito de los antecedentes que más adelante expondré, se rechace el presente recurso en todas sus partes, con expresa condenación en costas, atendidos los siguientes antecedentes.

I. LOS HECHOS

El pasado 21 de agosto de 2021, en del Programa “Las Gansas” del canal de televisión La Red, dedicado a la comunidad LGBTIQ+ y que se emitía dentro de la franja de adultos, realicé 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 publiqué en mis perfiles en las plataformas de redes social Instagram, en la que cuento con alrededor de 3.600 seguidores, y Facebook, con aproximadamente 1.400 seguidores, la grabación de la performance emitida en el canal La Red, 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”.

Mi performance es “postporno”, que justamente es una crítica al porno, a la objetivación de la mujer, al uso del poder patriarcal.

La performance fue desarrollada en ejercicio de mi libertad de expresión artística, que a su vez, forma parte del contenido protegido de la libertad de expresión. Cuando se valora este tipo de expresión debe considerarse la motivación y el uso simbólico.

II. EL DERECHO

1. Presunción de cobertura para todas las formas de discurso:

En principio, todas las formas de discurso, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores, 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 de cobertura de todo discurso expresivo 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

De particular importancia para el caso que nos ocupa es 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 , de forma similar se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos . El Comité de DDHH destaca que dicha

protección abarca incluso expresiones consideradas como profundamente ofensivas.

2. Mayor protección del discurso político sobre personas y asuntos de interés público:

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.

Para la Corte IDH 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. Así, el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derecho Humanos no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político –en el que esta adquiere la más alta importancia– o cuestiones de interés general. Además, los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político, al que se señala por ostentar esa condición, que a un simple particular: a diferencia de este, aquel se expone inevitablemente y conscientemente a un control minucioso de sus movimientos tanto por parte de los periodistas que por los ciudadanos de a pie; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia . En relación con el contenido de la expresión del pensamiento político, el Comité de Derechos Humanos observa que, en los debates públicos sobre figuras políticas en una sociedad democrática, especialmente en los medios de comunicación, el valor que concede el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas a expresiones desinhibidas es especialmente alto.

Como se ha indicado en los hechos, el discurso que motiva el presente recurso de protección está explícitamente dedicado al Papa Francisco, cabeza visible de la Iglesia católica, y a los convencionales que integran la Convención Constitucional. La difusión de la performance se realiza en el contexto del debate jurídico-político de gran relevancia para el país -el cambio constitucional- que abordará entre distintos temas la calificación de la República de Chile respecto de la relación entre el Estado e Iglesia, por este motivo en la publicación de la actuación artística se

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: (i) “Si estás en la constituyente, no te olvides de la disidente, o me cago en tu autoridad” se refiere a la Convención Constitucional; (ii) “quema al paco y a su general” se refiere a las autoridades de Carabineros; (iii) “Me cago en tu santidad, también en tu autoridad. Me cago en tu gorra papal” se refiere al Papa -obispo de Roma y máxima autoridad de Iglesia católica-. El discurso difundido no contiene expresiones dirigidas a menospreciar, incitar a la discriminación o excluir del debate público a los creyentes de la religión católica.

3. La protección de la libertad artística frente a su restricción indebida

La expresión artística constituye un importante vehículo para que cada persona, individualmente o

en comunidad con otros, así como los grupos de personas, se desarrollen y expresen. Las personas artistas, al igual que periodistas y defensores de los derechos humanos, corren un riesgo especial ya que en su trabajo deben enfrentar visiblemente a personas en el dominio público. En este sentido, la Relatora Especial sobre los derechos culturales de Naciones Unidas, presentó en el año 2013 un informe en el 23º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos en el que destacaba lo siguiente:

“Los artistas pueden ser una fuente de entretenimiento, pero también contribuyen a “los debates sociales, aportando a veces discursos que se contraponen a los centros de poder existentes, así como posibles contrapesos a estos. La vitalidad de la creación artística es necesaria para el desarrollo de culturas dinámicas y el funcionamiento de sociedades democráticas. Las expresiones y creaciones artísticas forman parte integral de la vida cultural, en la medida en que cuestionan significados y reexaminan ideas y conceptos heredados a través de la cultura”.

“La obra de arte se diferencia de las declaraciones que no son ficción en que la gama de significados múltiples que pueden atribuírsele es mucho más amplia; por ello son extremadamente difíciles de demostrar las suposiciones sobre el mensaje transmitido por una obra de arte, y las interpretaciones que se den a esta no tienen por qué coincidir con el significado que se propuso darle el autor. Por lo tanto, los artistas deben poder explorar el lado más oscuro de la humanidad y representar delitos o situaciones que algunos podrían considerar “inmorales”, sin ser acusados de promoverlos. Los efectos de la censura del arte o de las restricciones

injustificadas al derecho a la libertad de expresión y creación artísticas son devastadores. Generan importantes pérdidas culturales, sociales y económicas, privan a los artistas de sus medios de expresión y de sustento, crean un entorno inseguro para todos los que trabajan en las artes y para sus públicos, esterilizan los debates sobre los problemas humanos, sociales y políticos, obstaculizan el funcionamiento de la democracia y muy a menudo también impiden los debates sobre la legitimidad de la propia censura”.

“Los encargados de adoptar decisiones, incluidos los jueces, al hacer uso de su potestad para imponer limitaciones a las libertades artísticas, deben tener en cuenta la naturaleza de la creación artística (en lugar de su valor o mérito), así como el derecho de los artistas a disentir, a utilizar símbolos políticos, religiosos y económicos como contraposición al discurso de los poderes dominantes y a expresar sus propias creencias y visión del mundo. El uso de lo imaginario y de la ficción debe ser entendido y respetado como elemento esencial de la libertad indispensable para la actividad creativa”.

4. Diferenciación del discurso político-artístico de la incitación a la discriminación o la violencia

Como se ha indicado previamente, hay poco margen para limitar el discurso político o el debate sobre cuestiones de interés público. Un ejemplo de ello es 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).

En similar sentido se expresa el Plan de Acción de Rabat (A/HRC/22/17/Add.4, apéndice) sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que ha desarrollado, que recomienda a los Estados una prueba de umbral, en seis pasos, para diferenciar el discurso de odio de los discursos protegidos por la libertad de expresión. Entre los criterios considerados en este umbral se encuentran aspectos de contexto, el estatus de la persona que realiza el discurso, la intención, el contenido y la forma, así como otros aspectos como la probabilidad

razonable de que el discurso lograra incitar una acción real contra el colectivo objetivo y el alcance del discurso (magnitud y tamaño de la audiencia a la que llega).

El contexto en el que se realizan las expresiones que motivan el presente recurso de protección tienen relación con las reivindicaciones de la comunidad LGTBIQ+ respecto de la laicidad del Estado durante el debate jurídico-político producido en el proceso de cambio constitucional. La persona que realiza la expresión político-artística se autocalifica como disidente y forma parte del colectivo LGTBIQ+ , grupo que ha sufrido restricciones en el ejercicio de sus derechos, situación de discriminación que ha sido alentada por la Iglesia católica. En cuanto a la intención del mensaje, supra se ha destacado que los destinatarios de las expresiones desagradables no son las personas creyentes o seguidores de la iglesia católica, sino que se trata de autoridades de la Convención Constitucional, el Papa y las autoridades policiales, estas últimas debido al maltrato y persecución hacia personas de la comunidad LGTBIQ+. La forma y contenido del mensaje 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. Este tipo de lenguaje forma parte de la naturaleza de cierto tipo de expresiones artísticas de la comunidad LGTBIQ+ que se caracterizan por el uso de expresiones vulgares, por la confrontación y la utilización de simbolismos.

Respecto al alcance del discurso objeto de reproche, cabe decir que el recurso de protección se dirige únicamente a la difusión de la performance “Fuego: Performance Anticlerical” a través del perfil personal de las redes sociales de Instagram y Facebook, donde cuento respectivamente con apenas 3.600 y 1.400 seguidores aproximadamente. Estamos, por tanto, ante un mensaje de alcance muy limitado, que no puede compararse al que tienen los medios de comunicación masivos. Si bien los mensajes publicados en los perfiles personales de redes sociales son potencialmente accesibles por cualquier persona con acceso a Internet en todo el mundo, su alcance real es muy limitado dado que existen millones de perfiles en las redes sociales que generan su propio contenido, por lo que 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. A esto debe añadirse que los contenidos que publico en redes sociales no están dirigidos al público general sino que se destinan a un segmento específico de la población interesado en la temática LGTBIQ+. De esta forma, el contenido que se solicita eliminar fue difundido en un espacio de internet al que acude un público muy determinado.

Finalmente cabe indicar 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.

A SS. ILTMA. PIDO tener por evacuado el informe ordenado respecto a la acción de protección deducida en mi contra y en su mérito, rechazarlo en definitiva, 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 mi profesión y de la libertad de expresión.