

Santiago, veintitrés de Junio de dos mil catorce.

A la presentación de fojas 68, estese al mérito de autos.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparecen a fojas 1 don Rolando Jiménez Pérez, Presidente de la organización no gubernamental de desarrollo Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, MOVIIHL, doña Virginia Gómez Martínez y doña Roxana Andrea Ortiz Jorquera, todos domiciliados en calle Coquimbo n° 1410 de esta ciudad, interponiendo recurso de protección de garantías constitucionales en contra de la senadora electa doña Jacqueline Van Rysselbergue Herrera y de los senadores en ejercicio don Víctor Pérez Varela y doña María Angélica Cristi Marfil, por haber emitido en forma que califican de arbitraria e ilegal, declaraciones públicas en diferentes medios de comunicación en contra de la adopción y crianza homoparental que, en opinión de los recurrentes, resultan homofóbicas y discriminatorias para ellos y afectan su dignidad, su integridad psíquica y su derecho de igualdad, por lo que solicitan se les ordene dar disculpas públicas adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, con costas.

SEGUNDO: Que fundando el recurso se refieren a una entrevista a la senadora electa por el diario La Tercera el 10 de Julio pasado en la que manifestó “Qué culpa tiene un niño de que lo adopte una pareja homosexual. A pesar de que no puede sufrir ningún menoscabo en su calidad de vida, sí va a sufrir el peso de la discriminación”; y agregó que ello no corresponde, que se debe resguardar el derecho de los niños por sobre el de las minorías y que es un tema que debiera estar en discusión. Señalan los recurrentes que la misma senadora, en entrevista a CNN Chile, expresó que lo planteado por ella fue una opinión mayoritaria a nivel nacional.

Respecto del senador señor Pérez Varela, argumentan que en entrevista del día 11 de Febrero, en diversos portales de noticias, expresó que “nosotros creemos que no es conveniente para la formación de un niño o una

niña que sus padres sean de un mismo sexo, estamos protegiendo los intereses de la formación de los menores”.

Y en cuanto a la recurrida Cristi Marfil, sostienen los recurrentes que en la revista Ya del diario El Mercurio de 18 de Febrero último, refiriéndose a la elección de la actual mandataria como Presidente de la República, señaló: “Ahora seguramente se votará el matrimonio homosexual y hasta podría permitírseles que adopten. Una aberración, porque un niño necesita padres de ambos sexos y quien te dice que hasta se apruebe el aborto”; agregando luego que “...se defienden los derechos homosexuales, más niños sufren, hay más abandono ¡me da mucha pena! Durante años estas corrientes tuvieron un freno: costó años para aprobar el divorcio y no han podido aprobar el aborto. Ahora que el freno ya no está, tengo miedo. Pero llega un momento en que pierdes no más ¡que hacerle!”.

TERCERO: Que fundando en derecho la acción los recurrentes, en primer término, analizan el concepto de arbitrariedad, refiriéndose al efecto al Diccionario de la Real Academia de la Lengua y a jurisprudencia de esta Corte sobre la materia; en este sentido alegan que resulta arbitrario emitir tales declaraciones, con publicidad, sin considerar la gran cantidad de estudios y fuentes nacionales y extranjeras que dan cuenta de los aspectos favorables de la adopción y crianza por parte de parejas homoparentales, por lo que tales declaraciones sólo buscan discriminar a los homosexuales, reflejando los recurridos homofobia y autoritarismo, pretendiendo imponer a todos los chilenos sus creencias y principios religiosos.

Citan los recurrentes lo que sobre la materia ha señalado la Asociación Psicológica Estadounidense, un informe de la Academia Americana de Pediatría, un artículo publicado en National Organization for Men Against Sexim, cita a la Liga Estadounidense para el Bienestar de los Niños, al investigador Gillian Dunne del Instituto de Género de la London School of Economics, publicación de la revista American Sociological Review, un estudio de Charlotte Patterson, estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México, y de la Universidad Nacional Autónoma de México, antecedentes todos que, según señalan los

recurrentes, coinciden en que los niños, niñas y adolescentes que crecen en hogares homoparentales no solo tienen las mismas posibilidades de desarrollarse sanamente y que sus derechos sean respetados por sus progenitores en comparación a una familia heterosexual, sino que inclusive éstos crecen en un ambiente aún más respetuosos de los derechos y dignidad de las demás personas.

Expresan los recurrentes que, con el fin de proporcionar información objetiva “al debate que se dará en el caso sub lite” hacen presente el *amicus curiae* presentado para un caso que resolvió la Corte Suprema de California en el año 2008 que recoge las últimas investigaciones y estudios sobre esta materia y que apoyan sus argumentos en cuanto a que los estudios psiquiátricos y psicológicos demuestran que los menores que crecen en hogares homoparentales no demuestran diferencias en términos de salud y desarrollo respecto de los que crecen en hogares heteroparentales, siendo la restricción de la adopción a estas últimas carente de base objetiva y razonable. Citan, a mayor abundamiento, el fallo en el caso *Atala vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto de la ilegalidad que alegan, los recurrentes transcriben el artículo 2° de la Ley 20.609 sobre discriminación y se refieren a la historia de dicho cuerpo legal y a su mensaje. Analizan los recurrentes el concepto dignidad de la persona y citando la Declaración Universal de los Derechos Humanos concluyen que si la persona sufre una vulneración de alguno de tales derechos, se vulnera también su esencia, su dignidad, en el caso concreto, el derecho a la integridad psíquica y de igualdad ante la ley protegidos en el artículo 19 n° 1 y n° 2 de la Carta Fundamental. Enseguida analizan la forma en que se produce dicha vulneración, alegando que los recurridos, a través de sus declaraciones, demuestran una tendencia homofóbica mediante palabras que incitan al odio sin medir los efectos negativos de ellas, que se trata de actos discriminatorios basados en prejuicios y odiosidades personales hacia un segmento de la población del país, lo que constituye una amenaza atendida la calidad de parlamentarios de los recurridos que utilizarán sus criterios al votar y adoptar decisiones legislativas que afectarán a la población homosexual del país.

CUARTO: Que a fojas 35 el abogado don Mario Felipe Rojas Sepúlveda, en representación de los recurridos Van Rysselberguer y Pérez Varela, informa al tenor del recurso solicitando su rechazo, con costas.

Se refiere en primer término al contexto en el cual la senadora manifestó su íntima y personal convicción respecto de las políticas públicas y decisiones legislativas en relación al futuro planteamiento de un partido político, UDI, y transcribe sus declaraciones al respecto; reprocha que el recurso haya alterado el sentido y alcance de sus dichos, pues señala que no se trató de un discurso valorativo sobre la materia el desmedro de las parejas homosexuales; refiriéndose a la garantía constitucional que se estima vulnerada transcribe el artículo 2° de la Ley 20.609 sobre discriminación en cuanto considera razonable las distinciones, exclusiones o restricciones que se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, cual es, el consagrado en el n° 12 del artículo 19 de la Constitución Política relativo a la libertad de opinión; enseguida cita la historia del establecimiento de esta disposición señalando que la senadora ejerció este legítimo derecho a emitir su opinión y, por lo tanto, no puede ella calificarse de discriminación arbitraria. Agrega que la petición del recurso de pedir disculpas públicas violenta dicha garantía, constituyendo una censura previa.

Señalan los recurridos que el tema del matrimonio homosexual y adopción homoparental constituye cuestión de políticas públicas que debe decidirse por el Congreso Nacional por ser materia de ley, no pudiendo coaccionarse la opinión de la recurrida sobre esta materia mediante la resolución judicial que pretenden los recurrentes.

Respecto del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala que se cita en el recurso, alega que dicho fallo no ha sido comprendido cabalmente existiendo un entendimiento equivocado del mismo. Reitera que es en la sede legislativa donde se deberá ponderar los informes y opiniones que citan los recurrentes y los que existan en sentido contrario, pues se trata de materia en la que existen opiniones disímiles de expertos que no podría resolverse en la sede judicial y de urgencia de un recurso de protección.

Refiriéndose el informante a la situación del senador Pérez Varela, que apoyó los dichos de la senadora Van Rysselberguer, señala que hace aplicable los argumentos ya expuestos, agregando que sus opiniones están validadas por múltiples estudios e informes de expertos.

Señala que, en suma, siendo cuestión de opiniones y decisiones legislativas que deberán adoptarse por el Congreso Nacional que integran los recurridos, votarán al respecto cuando corresponda de la manera que consideren adecuada y conforme al debate que habrá de producirse.

QUINTO: Que, por su parte, a fojas 45 rola el informe de la recurrida Cristi Marfil señalando que la entrevista que concedió a la revista Ya se enmarcó en el contexto de la culminación de su periodo de parlamentaria, transcribiendo su última intervención como diputada y refiriéndose a su trayectoria en el cargo durante la cual ha defendido sus convicciones sin jamás pretender causar daño moral a las personas ni discriminarlas.

Refiriéndose a la improcedencia del recurso sostiene que la forma de enfrentar el ejercicio de la libertad de expresión cuando se objeta el contenido de la opinión no es la acción de protección ya que existen otras vías de reclamación, citando al efecto el derecho de rectificación del inciso 3° del n° 12 del artículo 19 de la Carta Fundamental y Ley 19.733, cita el artículo 4 y 19 n° 15 inciso 6° de la misma Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

Enseguida, en cuanto al fondo, alega que científicamente no constituye verdad irrefutable el aspecto favorable de la adopción de niños y adolescentes por parejas homoparentales, pues hay estudios que con bases sólidas concluyen lo contrario y existiendo controversia al respecto, mal puede objetarse que se manifiesten opiniones en un sentido u otro, materia compleja que no se puede debatir en recurso de protección, sino que deben ser decididas por el Congreso Nacional y el Presidente de la República pues son políticas públicas relativas a la familia. Añade que en el debate legislativo se considerarán costumbres, tradiciones, convicciones personales y de entes colectivos, aspectos psicológicos y sociológicos y aún religiosos y, en todo caso, el interés superior del niño., recibiendo todas las opiniones sobre la materia, como corresponde a una sociedad pluralista y democrática. Alega que

en la entrevista manifestó su opinión que puede o no ser compartida por los demás, ejerciendo un derecho constitucional de exponer sus convicciones y sentimientos sin que ello importe abuso o delito alguno y sin haberse dirigido a persona o caso concreto en particular. Acusa al recurso de constituir flagrante violación a la libertad de expresión pretendiéndose silenciar a quienes piensan distinto que los recurrentes.

En cuanto a la ilegalidad que se le atribuye, transcribe el artículo 2 de la Ley 20.609 que define arbitrariedad sólo para efectos de la aplicación de dicha ley, no siendo interpretativo de la Constitución y, en todo caso, exige que la arbitrariedad carezca de justificación razonable, lo que estima no ocurre en la especie. Agrega que, en todo caso, conforme al inciso 2° de dicho artículo, que transcribe, se considerará justificación razonable el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, entre otros, el referido en el n° 12 del artículo 19 de la Constitución o en otra causa constitucionalmente legítima.

SSEXTO: Que, como se ha expresado, los recurrentes han ejercido la acción constitucional de protección establecida en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental en contra de los senadores Jacqueline Van Rysselberguer Herrera y Víctor Pérez Varela y de la diputada María Angélica Cristi Marfil, por estimar que incurrieron en acto ilegal y arbitrario al haber manifestado en medios de comunicación su opinión contraria a la adopción de niños y adolescentes por parte de parejas homosexuales, declaraciones que califican de arbitrarias e ilegales y que resultan discriminatorias y homofóbicas para quienes recurren, afectando la dignidad, la integridad psíquica y el derecho de igualdad de los recurrentes.

SSEXPTIMO: Que la arbitrariedad que alegan la hacen consistir en que los recurridos incurren en un proceder contrario a la justicia, a la razón y a las leyes, siendo caprichoso y carente de razonabilidad, pues no consideran otros estudios y fuentes que estiman lo contrario a lo que ellos esgrimen, y los acusan de pretender imponer sus creencias y principios religiosos al resto de los chilenos.

En cuanto a la ilegalidad, invocan el artículo 6 de la Ley 20.609 que establece lo que debe entenderse por discriminación, disposición que estiman vulnerada.

OCTAVO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental está destinado a restablecer el imperio del derecho cuando por un acto u omisión ilegal o arbitrario se vulneran algunos de los derechos y garantías que la misma norma señala; así, se ha entendido que se trata de una acción de naturaleza cautelar y de emergencia que puede ejercer quien resulta afectado en el legítimo ejercicio de un derecho indubitado.

NOVENO: Que las declaraciones vertidas por los recurridos en medios de comunicación en las que manifiestan su opinión contraria a la adopción de niños y adolescentes por parte de parejas homosexuales no puede calificarse de arbitraria si se tiene presente que así como los recurrentes citan diversos estudios, informes y opiniones sobre la materia tanto en el ámbito nacional como internacional, también existen en igual cantidad otros estudios, investigaciones y pareceres que estiman y concluyen en forma contraria; es decir, se trata de una materia de suyo compleja sobre la que existen criterios y convicciones distintos, todos con razonables fundamentos y que, por lo tanto, no incurre en discriminación quien adopta uno u otro parecer.

DÉCIMO: Que los recurridos, independientemente de sus calidades de senadores y diputada, han tenido el legítimo derecho de manifestar su opinión sobre un tema de debate público en el que existe posiciones contradictorias, sin que ello signifique afectar la dignidad y la integridad de quienes opinan de modo distinto.

UNDÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, y considerando que las declaraciones de los recurridos dicen relación con un tema valórico en el que están involucrados aspectos sociales, culturales y religiosos, no resulta procedente la petición formulada en cuanto a que deban pedir disculpas públicas, toda vez que ello significa que estos jueces acepten una determinada posición sobre el tema, lo que no corresponde a la función jurisdiccional del tribunal.

DUODÉCIMO: Que el artículo 2° de la Ley 20.609, que los recurrentes alegan infringida, establece que *“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 orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

En el presente caso no puede estimarse que las opiniones de los recurridos carezcan de justificación razonable, si se tiene presente que no existe un criterio unánime en favor de la adopción de niños y adolescentes por parejas homosexuales, y las opiniones e investigaciones en distinto sentido hacen que la íntima convicción manifestada por los recurridos en medios de comunicación tenga una razonable justificación emanada, precisamente, de tales posiciones divergentes al criterio de los actores.

Por lo expuesto, tampoco resulta ilegal el proceder de los recurridos que ha motivado el presente recurso.

DÉCIMO TERCERO: Que, por otra parte, especial relevancia tiene en el presente caso la disposición del inciso final del artículo 2° de la Ley 20.609 que establece: *“Se considerarán razonables las distinciones que, no obstante fundarse en algunos de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, es especial los referidos en los números...12°... del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.*

En la especie debe considerarse que al emitir las declaraciones que cuestionan los recurrentes, los senadores y diputada recurridos estaban ejerciendo legítimamente el derecho que les otorga el n° 12 del señalado artículo 19 de la Carta Fundamental, relativo a la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio. Y si los recurridos se sintieron ofendidos o injustamente aludidos por dichas

declaraciones, no es el recurso de protección la vía idónea para obtener una declaración o rectificación de tales dichos.

DÉCIMO CUARTO: Que, por consiguiente, estimándose que los recurridos no han incurrido en acto u omisión ilegal o arbitrario que haya afectado derechos y garantías constitucionales de los actores, es que el presente recurso no podrá prosperar y deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, **SE RECHAZA** el recurso de protección interpuesto por los señores Rolando Jiménez Pérez, Virginia Gómez Martínez y Roxana Andrea Ortiz Jorquera en contra de los senadores Jacqueline Van Rysselberguer Herrera y Víctor Pérez Varela y de la diputada María Angélica Cristi Marfil.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redactó la Ministra señora Aguayo.

N° 8267-2014.

Pronunciada por la **Sexta Sala** de esta Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por la Ministra señora Adelita Ravanales Arriagada, la Ministra señora Pilar Aguayo Pino y el Ministro señor Christian Le-Cerf Raby.