

# Informe de Investigación

Número 19 / Año 6 / Junio 2004

La libertad de  
creación artística.  
Un nuevo derecho  
constitucional

Tomás Vial Solar

**CIJ** CENTRO DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS

FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



## ■ Resumen

*La Constitución incluye como un nuevo derecho la libertad de creación artística. Las justificaciones de este derecho, la normativa de los derechos humanos pertinente, la historia legislativa de la reforma constitucional que le dio origen, y su contenido específico dentro de la Constitución Política, es decir, sus titulares, atribuciones y algunos de sus límites, son el tema de este estudio.*

**LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA.  
UN NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL**

*Tomás Vial Solar*

**COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN**  
Número 19 / Año 6 / Julio de 2004  
36 págs.

Registro de Propiedad Intelectual Nº 141.078

# La libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional

■ Tomás Vial Solar<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo argumento que la reforma constitucional del 2001, por la cual se agregó la libertad de crear y difundir el arte, introdujo un derecho completamente nuevo en la Constitución y no solo una mera explicitación de lo ya contenido en la libertad de opinión e información garantizada en el artículo 19, N° 12. Bajo esta premisa desarrollo en la sección II las justificaciones doctrinales para este derecho. Luego, en la sección III, se analiza la libertad de creación artística como derecho humano. En la sección IV se describe la historia de la reforma constitucional. Esto preparara el camino para el análisis del derecho constitucional a la libertad artística, que es el tema de toda la sección V.

## II. LAS JUSTIFICACIONES DE LA LIBERTAD ARTÍSTICA

A fin de entender un derecho constitucional y explicar su significado es menester tener alguna idea de por qué razón es necesario reconocerlo como garantía. Esto nos lleva al estudio de las razones que la justifican. Es razonable suponer que las causas por la libertad artística están estrechamente relacionadas con aquellas que se pueden dar en favor de la libertad de expresión. Esto, porque como se verá más adelante, desde un punto de vista normativo la libertad de expresión se ha considerado como incluyendo a la libertad artística.

Tres son las razones más comunes y poderosas que se han dado en favor de la libertad de expresión. La primera en términos históri-

---

<sup>1</sup> Profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, investigador asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

cos es el argumento en favor de la verdad, más prominentemente propugnado en la obra de John Stuart Mill *Sobre la Libertad*. Luego, la justificación de la necesidad de la libertad de expresión para el régimen democrático es sin duda la que ha sido más influyente, al decir del profesor británico Eric Barendt (1985, p. 23). Y, finalmente, la idea de que la libertad de expresión es indispensable para el libre desarrollo de la persona humana como ser autónomo. Desarrollara brevemente cada argumento para luego analizar su mayor o menor aplicabilidad a la expresión artística.

El argumento por la verdad o argumento milliano señala que la libertad de expresión es necesaria a fin de tener un conocimiento cabal, completo, no dogmático, reflexivo, de la verdad de las cosas. Así, dirá Mill en el resumen que él mismo efectúa de sus posiciones en *Sobre la Libertad*, que si una opinión es silenciada, esa opinión puede ser cierta. Pensar lo contrario es asumir la propia infalibilidad. Luego, que aunque la opinión silenciada sea un error, puede contener una porción de verdad "ya que la opinión general o prevalente en cualquier materia rara o nunca es la verdad total, y es solo por la colisión de opiniones adversas que el resto de la verdad tiene posibilidades de ser entregado"<sup>2</sup> (Mill, 1991, p. 69). Tercero, que incluso si la verdad aceptada es la verdad total, a no ser de que sea vigorosa y seriamente objetada, para la mayor parte de quienes la crean, ello lo será en la forma de prejuicio y con poca comprensión de sus bases racionales. Y no solo esto dice Mill, sino que el significado mismo de la doctrina se perderá y "privada de su efecto vital en el carácter y conducta: el dogma se convierte en una mera declaración, ineficaz para el bien" (70).

El argumento de la verdad ha sido criticado por ser excesivamente intelectual y permitir

dejar fuera formas de expresión más simbólicas (Barendt, 1985, p. 10-11). Compartiendo en cierto grado la crítica, en el sentido de la inclinación racionalista de las justificaciones dadas por Mill, sus argumentos sirven, sin embargo, para defender la libertad de expresión como un medio para el conocimiento entendido en un sentido amplio. Y dentro de ese conocimiento se pueden comprender las percepciones estéticas, los sentimientos, lo lúdico, etc., que son sin duda expresiones que están presentes en el arte. Más aún, si se observa bien, Mill da poderosos argumentos en contra de la censura que sin duda son aplicables a la libertad artística. Ellos son que censurar implica presumir la infalibilidad y que se posee el total del conocimiento en una materia. El arte, en este sentido ha sido, o se ha visto a sí mismo, al menos desde la segunda mitad del siglo 20, si no desde antes, en la forma que Teodoro Adorno lo visualizaba en una época de medios masivos de comunicación, es decir, como poseyendo un carácter de resistente, so pena de convertirse en inútil y acomodaticio (Hopkins, 2000, p. 1). Esto es, cuestionador de las formas tradicionales de ver y entender el mundo, expandiendo los límites de lo aceptado y de lo correcto tanto desde el punto de vista estético como moral.

El segundo gran argumento a favor de la libertad de expresión justifica la libertad en términos fundamentalmente políticos, centrándose en el rol esencial que la libertad de expresión cumple en el funcionamiento del sistema democrático. Así, la libertad de expresión se justifica porque sin ella los ciudadanos no pueden informarse adecuadamente de los asuntos públicos, ni escuchar o emitir críticas a las autoridades ni votar por sus representantes de manera informada. De este modo, la libertad de opinión se entiende como una condición necesaria para la democracia y también consecuencia de la capacidad de autogobierno.

<sup>2</sup> Traducción del autor.

A primera vista se podría pensar que esta justificación de la libertad de expresión no es muy útil para el ámbito de lo artístico. Pero ello solo podría concluirse si se asume una estricta separación entre el arte y las otras esferas de la vida y, además, una concepción de lo político como únicamente circunscrito a la actividad de los órganos del Estado. Respecto a lo primero pese a que el arte posee su propia especificidad, dada fundamentalmente por la forma de emplear los medios materiales que utiliza, ni lo que se quiere expresar por medio del arte ni los efectos de esa expresión son necesariamente indiferentes o sin impacto en lo político. Es más, con frecuencia el arte y los artistas poseen un intenso compromiso político. El caso de Neruda es a este respecto paradigmático. Obras como *El Canto General* sin duda que poseen un profundo, casi telúrico, sentido e impacto político, pues afectan o conforman el imaginario de la acción política. Así, por ejemplo, su poema a Bernardo O'Higgins, donde hace ver el conflicto de clases sociales que rodea el exilio del Libertador:

"Chile se iluminó como un salón  
cuando no estabas. En derroche,  
un rigodón de ricos sustituye  
tu disciplina de soldado ascético,  
y la patria ganada por tu sangre  
sin ti fue gobernada como un baile  
que mira el pueblo hambriento desde fuera.

Ya no podías entrar en la fiesta  
con sudor, sangre y polvo de Rancagua.  
Hubiera sido de mal tono  
para los caballeros capitales.  
Hubiera entrado contigo el camino,  
un olor de sudor y de caballos,  
el olor de la patria en Primavera.

La dimensión política del arte se ve más clara si se amplía el entendimiento de lo político a aquello que tiene que ver con las formas de organizarse como sociedad y el uso del poder en un sentido amplio y no solo circunscrito a lo estatal o al gobierno. Así, por ejemplo, un cuadro como el *Guernica* de Picasso, sobre los horrores de la

guerra civil española, específicamente el bombardeo de la ciudad vasca de Guernica por la legión Cóndor, es sin duda una magnífica obra de arte. Pero a la vez, ¿es posible imaginar una crítica más feroz y directa a la guerra que esa pintura? Y por esta razón, ¿no posee acaso un explícito contenido político?

Lo político, además, depende mucho del contexto. Una obra puramente abstracta bajo la doctrina artística de la Unión Soviética que favorecía el llamado realismo socialista era considerada como anticomunista por la concepción individualista y burguesa que expresaba. Y, para los nazis, el arte moderno era un arte intrínsecamente decadente y filojudío. O en una sociedad islámica la concepción griega y renacentista de la figura humana expresada en la admiración al cuerpo desnudo sin duda que constituye una directa confrontación con las doctrinas religiosas que prohíben toda representación de seres vivos. Estas doctrinas son también políticas, pues fundan el orden social, estableciendo que es lo debido en cada aspecto de la vida.

Estos ejemplos permiten señalar que el arte claramente puede tener, y con frecuencia tiene, una importante función política de crítica y cuestionamiento. Por lo mismo, la justificación política de la libertad de expresión puede también servir para defender la creación artística en ciertos contextos.

La tercera gran línea de justificación para la libertad de expresión se fundamenta en que esta es una consecuencia de la autonomía humana e indispensable para el desarrollo libre de la persona. Así, en el Mensaje enviado para justificar la reforma en lo concerniente a la eliminación de la censura se señala "que toda persona moralmente responsable tiene el derecho inalienable a expresarse y, por ese medio, a lograr su propio desarrollo personal y el de su comunidad. La dignidad de la persona hu-

mana supone su libre determinación en el campo de la expresión y la libertad para recibir información.”.

Esta línea argumental ha sido la que se emplea con mayor frecuencia para la defensa del arte. Esto en razón de la estrecha conexión que existe entre la persona del artista y su creación. Negarle a un artista la posibilidad de crear y de difundir su obra es negarle posiblemente lo más íntimo que posee o, al menos, un aspecto esencial de su personalidad. En este sentido la dignidad del artista va ligada al pleno respeto de este derecho. Negar el derecho es negar parte de su dignidad como persona.

Tal conexión queda patente en un fallo del Tribunal Constitucional alemán en el famoso caso *Mephisto* cuando dice que “Lo esencial de la actividad artística es la libre estructuración de la creatividad, que se da intuitivamente en las impresiones, experiencias y vivencias del artista, mediante el empleo de una determinada forma de lenguaje. Todas las actividades artísticas son una mezcla de procesos conscientes e inconscientes, que no se pueden separar racionalmente. En el caso de las creaciones artísticas actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y los conocimientos artísticos; es ante todo no la participación, sino la expresión y ciertamente la expresión más directa, de la personalidad del artista” (Schwabe, 2003, p. 175). La consecuencia de esta estrecha conexión entre obra y persona es que para el artista la censura implica una violenta negación de su capacidad de expresión personal y por ello de su autonomía personal, en una forma que es superlativa.

Esta breve revisión de los argumentos clásicos en favor de la libertad de expresión permite afirmar que los argumentos que tradicionalmente se han dado para justificar la libertad de expresión pueden también servir para justificar la libertad de creación artística. Dependerá, por lo tanto, del especí-

fico caso en que esté envuelto esta libertad cuál de ellos puede ser más relevante o adecuado. Y ciertamente, como con frecuencia sucede con las justificaciones de un derecho, ellas se pueden hacer valer simultáneamente.

### III. LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO HUMANO

Los principales documentos internacionales de derechos humanos a los cuales está obligado el Estado de Chile no incluyen un específico derecho a la creación artística independiente de la libertad de expresión, sino, como se verá, contemplan aquella dentro de las diversas formas en que esta última se puede manifestar.

De este modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no hace mención alguna a la libertad de creación artística en su artículo 19, sobre libertad de opinión y expresión<sup>3</sup>, sin perjuicio de indicar que esa libertad se puede ejercer por cualquier medio, lo cual ofrece base para concluir que ello implica también los medios artísticos. Sin embargo, la Declaración Universal sí contempla un derecho de participación cultural, en su artículo 27.1, el que prescribe que:

Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Por otra parte, el numeral 2 de la misma disposición preceptúa que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden

3 El texto de ese artículo señala:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas.

Estas disposiciones de la Declaración Universal son positivizadas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>4</sup>, el que en su artículo 15 preceptúa lo siguiente:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona:
  - a. Participar en la vida cultural;
  - b. Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
  - c. Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científica, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figuran las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>5</sup>, en su artículo 19. 2, dispone que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier medio de su elección.

4 Texto promulgatorio es el DS 326, publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989.

5 Texto promulgatorio es el DS 778, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Luego, en su párrafo 3º, se señalan los límites a los que estaría sujeto el derecho:

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a. Asegurar el respeto a los derecho o a la reputación de los demás;
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En forma muy similar, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>6</sup>, en su artículo 13, párrafo 1º señala que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier medio de su elección.

El párrafo 2º dispone, a su vez, que:

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. El respeto a los derecho o a la reputación de los demás, o
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

El párrafo 3º establece la prohibición de restringir la libertad de expresión por ciertos medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquier otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

6 Texto promulgatorio es el DS 873, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

La única excepción a la prohibición de censura previa contenida en la Convención es la que dispone el párrafo 4º, al señalar que los espectáculos públicos puede ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y adolescencia.

Respeto al contenido de este artículo la Corte Interamericana, en su opinión consultiva OC-05/85, señaló que la libertad de expresión comprende "el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios"<sup>7</sup>, cosa que también expresó la Comisión Interamericana (Grossman, 2003). La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la OEA<sup>8</sup>, confirma la universalidad de los medios de expresión, al señalar que ella "en todas sus formas y manifestaciones" constituye un derecho fundamental inalienable. En la interpretación que se hace de este principio la misma declaración señala que "La libertad de expresión no es un derecho limitado a los comunicadores sociales o aquellas personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación social. Este derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones artísticas, sociales, religiosas, políticas o de cualquier otra índole" (Nogueira, 2002, p. 353).

En cuanto a la censura previa, tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana como de la Corte ha sido unánime y taxativa en que existe una prohibición absoluta de censura en la Convención y de que eso incluye aquellas medidas preventivas impuestas por tribunales en razón de proteger otros derechos, tales como el honor<sup>9</sup>.

Tal como lo cita el reciente informe (2002) de Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión<sup>10</sup>, la Comisión, en su informe sobre el caso *Martorell* contra Chile, que como se recuerda se produce porque un tribunal chileno ordenó la prohibición de publicación de un libro y luego se ordena la prohibición de circulación del mismo por parte de la Corte Suprema, observó que "La prohibición de censura previa, con la excepción consignada en el párrafo 4 del Artículo 13<sup>11</sup>, es absoluta y exclusiva de la Convención Americana, por cuanto ni la Convención Europea ni la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos contienen disposiciones similares" (Informe 2002, cap. III, párrafo 21). Luego, en el mismo caso, la Comisión señaló que la protección del honor contenida en el artículo 11 de la Convención no podría hacerse en desmedro de la libertad de expresión, señalando que "los órganos del Estado no pueden interpretar las disposiciones del Artículo 11 en una manera que viole el Artículo 13, el cual prohíbe la censura previa" agregando que "cualquier conflicto potencial que pudiera plantearse en torno a la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención puede resolverse recurriendo al texto del propio artículo 13" (Informe 2002, cap. III, párrafo 22).

La Corte Interamericana ha confirmado esta interpretación en su fallo sobre el caso *La Última Tentación de Cristo*. Como se recordará, este caso se originó en Chile a causa de la prohibición de exhibición de la película homónima a raíz de la interposición de un recurso de protección a favor del honor de Cristo y de los católicos afectados presuntamente por el contenido de la película. El fallo de la Corte de Apelaciones fue con-

7 OC5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 31.

8 En Nogueira (2002), pp. 350 y siguientes.

9 Una opinión crítica de esta línea jurisprudencial es entregada por Miguel Ángel Fernández González, en "Libertad de Expresión, Censura Previa y Protección Preventiva de los Derechos Fundamentales", 28 *Revista Chilena de Derecho*, Nº 2, 383 (2001).

10 Ver informes en <http://www.cidh.oas.org/Relatoria/Spanish/Informes.htm>

11 Es la relativa a los espectáculos públicos que pueden ser objeto de censura a fin de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y adolescencia.

firmado por la Corte Suprema. La Corte Interamericana, que condenó al Estado de Chile por violación de artículo 13 de la Convención, señaló que esa norma no permite censura previa, salvo cuando se trata de espectáculos públicos y exclusivamente para la protección moral de niños y adolescentes y que "en este caso la prohibición de censura se aplicaba también a los adultos, y por ende violaba el Artículo 13" (Informe 2002, capítulo III, párrafo 23).

Un breve análisis de las disposiciones de derechos humanos antes citadas y de la jurisprudencia permite ofrecer los siguientes comentarios generales, sin perjuicio del desarrollo más pormenorizado que se efectuará cuando se analicen los diversos aspectos del derecho en nuestro derecho constitucional.

- a. La libertad de creación artística claramente se entiende como un subgénero de la libertad de expresión. Es decir, es una forma particular de ejercer esta libertad. De esto se puede concluir que está sujeta al mismo régimen que aquella. Así, por ejemplo, como en el caso de la Convención Americana, a las responsabilidades posteriores fijadas por la ley a fin de proteger la reputación o los derechos de los demás.
- b. Consistente con la idea de que la libertad de creación artística es una manifestación o forma de ejercer la libertad de expresión y de que esta se puede ejercer por cualquier medio, existe, por lo tanto, la mayor libertad para escoger los medios empleados para transmitir o representar el arte.
- c. Este derecho lo poseen todas las personas.
- d. Como derecho posee un aspecto activo, el de difundir el arte, y otro pasivo, el derecho, o mejor dicho, la libertad, de recibir las expresiones artísticas.

- e. Está sujeta, en principio, a las mismas limitaciones que se le imponen a la libertad de expresión, tal como señalan en forma idéntica los párrafos 3º, del artículo 19 del PIDCP y 2º del artículo 13 del Pacto de San José.
- f. La libertad artística no puede ser objeto de censura, al tenor del Pacto de San José, con la única excepción de las expresiones artísticas que puedan catalogarse como espectáculos públicos.
- g. Este derecho posee también un aspecto social, pues de acuerdo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la expresión artística, como componente esencial de la cultura, es también objeto de un derecho de todas las personas a gozar de ella.

#### IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 2001

Esta sección describirá primero el proceso legislativo que llevó a la reforma constitucional bajo estudio y luego presentará algunas conclusiones que se pueden extraer de aquel.

Por mensaje presidencial del 14 de abril de 1997 el Presidente Frei envió al Congreso Nacional un proyecto de reforma constitucional que tenía por objeto modificar el artículo 19, N° 12 de la Constitución<sup>12</sup> a objeto de eliminar la censura cinematográfica y de introducir en el inciso primero de la disposición la libertad de creación y de difusión de las artes. Respecto a esta segunda modificación, en la exposición de motivos se adujo que si bien la libertad de emitir opinión y la de informar han debido tácitamente suponer la libertad de creación artística parece necesario hacer explícito aquello.

<sup>12</sup> El inciso final de ese artículo disponía que la ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.

Se argumentó que ello no era redundante, pues la propia Constitución, en ciertos casos, busca garantizar ciertos derechos en forma más explícita, tal como es el caso del derecho a la libre creación de diarios y revistas que contiene el mismo artículo 19, N° 12.

El proyecto fue enviado a la Cámara de Diputados, siendo estudiado ahí por su Comisión de Constitución. En la presentación del proyecto ante la Comisión, el 4 de junio de 1997, el entonces Ministro Secretario General de Gobierno, José Joaquín Brunner, señaló, en lo que respecta a la libre creación y expresión artísticas, que sin ella no hay auténtica expresión de cultura, agregando que los creadores necesitan que se proteja su derecho de expresión de manera especial, pues por la propia naturaleza de su oficio ellos trabajan en la frontera del lenguaje y de la cultura. Por eso mismo, el arte suele hallarse expuesto a la incompreensión e incluso al rechazo. De acuerdo al mismo informe de la Comisión, no se produjo debate respecto a este punto, centrándose la totalidad de la discusión en la eliminación de la censura cinematográfica. La Comisión emitió su informe el 10 de noviembre de 1999, aprobándose en el seno de la misma por la unanimidad de sus miembros la reforma constitucional respecto a la libertad de crear y difundir las artes en los mismos términos que los propuestos en el mensaje.

Al presentar el proyecto a la Sala, el diputado informante, Juan Bustos, señaló que se agregaba la libertad de creación, pues actualmente podría aparecer como no suficientemente comprendida dentro de la fórmula de la libertad de opinión y de información. Por su parte, el diputado Velasco, informando lo aprobado por la Comisión de Educación respecto a las reformas propuestas, indicó que el proyecto buscaba consagrar como garantía constitucional la libertad de crear y difundir las artes en los mismos términos que la libertad de opinión e información, es decir, 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 esas libertades, agregándose que no bastaba con asegurar el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas, sino que se requiere, además, consagrar la libre creación, que es un paso previo. Señaló que en la Comisión se compartió en forma unánime la idea de consagrar en la Constitución una norma de este tipo porque reforzaba la libertad de expresión en una de sus áreas más sensibles.

En la Sala la discusión se centró predominantemente en la eliminación de la censura. Sin embargo, una prevención del diputado Elgueta merece ser destacada. Este señaló que la modificación propuesta sobre las artes constituiría un error puesto que quedaría sometida a los delitos que a través de esta creación artística se pudieran cometer, preguntándose si la situación actual, en la cual no hay garantía constitucional, era mejor o no. Por su parte, el diputado Ibáñez realizó la misma observación. Sin embargo, en el hemiciclo no hubo intervenciones que recogieran el punto presentado por estos diputados. De esta forma la Sala votó la reforma con 85 votos a favor, cero en contra y 6 abstenciones, pasando luego su estudio al Senado.

En la Comisión de Constitución del Senado se escucharon las opiniones de los profesores de derecho constitucional José Luis Cea, Francisco Cumplido y Angela Vivanco. El primero señaló que siempre ha entendido que el derecho a la libre creación artística estaba ya contemplado en la Constitución y que, por lo tanto, se hacía innecesario y hasta cierto punto redundante incorporarlo de manera explícita, porque el artículo 19, N° 25 consagra o reconoce el derecho de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas, que no se refiere solamente a la propiedad sobre tales obras, finalizando con la observación de que la reforma, en

este punto, sin ser esencial, era útil. Por su parte, el profesor Francisco Cumplido señaló que compartía la idea de incorporar expresamente en la Constitución la libertad de creación artística en el inciso del número 12 del artículo 19 de la Constitución, pues, por una parte, permite que la Carta Fundamental asegure la garantía de esa expresión sin censura previa, pero respondiendo de los delitos o abusos que se cometan en el ejercicio de esa libertad (pornografía, blasfemia, injuria sustancial y formal, etc.). Por otra parte, advirtió, si se agregara en forma intercalada el derecho en un nuevo número, se podía crear una confusión con las remisiones que las leyes hacen a los números del artículo 19 de la Constitución. Además, añadió, habría que mencionar la restricción de tal libertad en algunos estados de excepción constitucional si se la separa de la libertad de opinión e información. Finalmente, la profesora Ángela Vivanco indicó que era destacable introducir en el artículo 19, número 12° de la Carta un derecho que ya podía considerarse implícitamente contenido en él, y ese es el caso de la libre creación y expresión artística. Sin embargo, al igual que en el resto de las garantías que se contienen en este numeral, estimó oportuno recordar que el creador artístico que ahora tendrá mejor garantizado su derecho (incluso por el recurso de protección, en forma expresa) no es irresponsable por los delitos y abusos que cometa en el ejercicio de sus prerrogativas y tampoco está exento de que las amenazas, perturbaciones o privaciones que sus actos signifiquen para los derechos de los demás (honra, vida privada y pública, libertad de culto) sean objeto de recursos frente a los tribunales.

En la discusión posterior en el seno de la Comisión será el senador Viera-Gallo el que hará ver lo ya observado por el diputado Elgueta en las Cámara de Diputados. Señaló el senador que era necesario determinar si garantizar o no la libertad de creación artística en la Constitución, sugiriendo que

quizás era mejor hacerlo en un numeral distinto, pues en la forma que se planteaba daba la impresión de que el artista tiene que responder por delitos que pudieran cometer en su creación artística, lo que le parecía grave, ya que él era partidario de la más amplia libertad en las distintas manifestaciones del arte, agregando que en ningún caso la libertad artística puede confundirse con la libertad de opinión. El senador Larraín concordó con lo propuesto por el senador Viera-Gallo, sosteniendo que opinar e informar apuntan más bien a la libertad de expresión que a la de creación artística y, en consecuencia, tienen una connotación distinta. Sin embargo, agregó, la libertad de creación artística, intelectual o científica también debe tener ciertas restricciones. De lo contrario, añadió, por la vía literaria, por ejemplo, en la cual hay géneros difíciles de distinguir, podrían producirse obras que propicien la subversión del orden público o hagan apología del crimen bajo el pretexto de ser meras expresiones artísticas. Propuso buscar la ubicación más adecuada a la libertad de creación artística dentro del artículo 19 de la Carta Fundamental, que le proporcione el mayor espacio posible sin que ello impida que se le establezcan los parámetros o las limitaciones del caso. No es lo mismo, reiteró, la restricción de la libertad de expresión, de información o de opinión, que la de la libertad artística, que es excepcionalísima. Sin embargo, acotó, es necesario evitar que el ejercicio de esta nueva garantía frustre la posibilidad de sancionar conductas delictuales o abusivas.

Será en la intervención del senador Fernández donde se mencionará por primera vez la idea de contemplar la libertad en el numeral 25 del artículo 19, aunque él lo planteó como si ya se hubiere sugerido tal modificación dentro de la comisión, de lo que no hay constancia en el informe de aquella.

El Presidente de la Comisión, senador Sergio Diez, hará la propuesta final, plantean-

do acoger la incorporación en la Carta Fundamental de la nueva libertad de crear y difundir las artes. En cuanto a su ubicación dentro del artículo 19, se acordó incluirla no en el número 12, como originalmente proponía la Cámara de Diputados, sino al inicio del numeral 25, anteponiéndola al derecho del autor sobre sus creaciones, por cuanto se señaló que comparte una misma naturaleza con este, que deriva precisamente de la capacidad y libertad de crear. Se destacó que la "libertad de difundir las artes" es una institución enteramente nueva, que complementa y enriquece el estatuto de garantías que la Ley Suprema reconoce y asegura a las personas y se puntualizó que corresponderá a la jurisprudencia la tarea de completar su desarrollo y fijar su alcance y debida inteligencia. En todo caso, se precisó que la forma verbal "difundir" ha de entenderse en su sentido natural y obvio. La Comisión aprobó en forma unánime la reforma en esos términos, emitiendo su informe el 10 de abril de 2001.

En su explicación a la Sala de la actuación de la Comisión, el senador Diez reiterará los conceptos por él expuestos en la Comisión, agregando que si bien la libertad de crear y difundir las artes se hallaban incluidas en la libertad de los medios de expresión y de comunicación, porque las artes constituyen una forma distinta de comunicación entre los hombres, se prefirió consignarla expresamente en el número 25 del artículo 19.

El debate en la Sala no se extendió sobre la modificación propuesta excepto en lo relativo a una indicación efectuada por el senador Parra de agregar a la enmienda del numeral 25 la libertad de desarrollar la investigación científica y difundir sus resultados, la que finalmente fue desechada por ser considerada demasiado compleja en sus consecuencias relativas a la propiedad intelectual como para ser discutida en la misma Sala. Esta aprobó el proyecto por la

unanimidad de los senadores presentes, 32 en total.

Luego, en el tercer trámite ante la Cámara de Diputados, al explicar los cambios efectuados por el Senado, el Ministro Secretario General de Gobierno, Claudio Huepe, ofreció una explicación de la modificación que no parece ajustarse a lo discutido en la Cámara Alta. En efecto, él indicó que la razón de la introducción en el artículo 25 fue que, a juicio del Senado, la libertad de crear y difundir las artes comparten la misma naturaleza que el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y que este es el que daría, precisamente, la libertad de crear y de difundir las artes.

En el corto debate producido en la Sala de esa Corporación el diputado Elgueta celebrará lo conveniente de la modificación efectuada en el Senado, pues ella salvaba la objeción efectuado por él con ocasión del primer trámite, de que la introducción de la libertad artística en el primer inciso del artículo 19, N° 12 sujetaba aquella a las responsabilidades por su ejercicio. El diputado Bartolucci, en su intervención, concordó con los términos expresados por el diputado Elgueta respecto a este punto. La Sala aprobó la reforma por 106 votos, sin abstenciones ni negativas.

La ley de reforma constitucional, con el número 19.742, fue publicada en el Diario Oficial el 23 de agosto del 2001, es decir, más de cuatro años de enviado el mensaje que le dio origen.

La lectura de la historia legislativa ofrece argumentos para ser escépticos respecto al valor de esta como medio para interpretar la Constitución. Como lo han señalado numerosos estudiosos del derecho (Dworkin, 1985, pp. 34-57, Waldron, 1992, pp. 329-356) existen diversos argumentos en contra del uso de las opiniones de los redactores de una particular iniciativa a fin de iluminar el

sentido de aquella. Y en Chile sin duda que ello se emplea en forma completamente acrítica, en particular en lo que respecta a las actas de la Comisión Ortúzar<sup>13</sup>.

Por ejemplo, no parece razonable entender como la intención del legislador lo que señaló un solo miembro del Parlamento en un aislada referencia, aunque no haya sido contradicho. Tampoco lo que se dice en una de las Cámaras puede equivaler a la opinión del Congreso, pues cada una de ellas estudia la ley por separado, sin que exista la práctica ni la obligación de estudiar el debate e informes producidos en la otra, si es que se da el tiempo para ello. Por lo tanto, cualquier importancia interpretativa que se le dé a la intención del legislador debe apoyarse en la evidencia de un consenso más o menos incontestado y explícito entre los diversos cuerpos o actores que constituyen el proceso legislativo. De lo contrario no se dan las condiciones para que se pueda hablar, en modo alguno, de la intención del legislador. En Chile, en el proceso de formación de la ley participan las dos ramas del Congreso Nacional y el Presidente de la República y, por lo tanto, es el acuerdo en la intenciones de estos tres cuerpos, que se traduce en un texto común, lo que puede tener algún valor interpretativo.

Pues bien, de la revisión de la discusión antes reseñada dos ideas pueden reunir esa condición. La primera es que se consideró a la libertad artística como incluida dentro de la libertad de expresión y, más concretamente, dentro de la garantía del derecho a opinión e información contenido en el artículo 19, N° 12, siendo el nuevo derecho una explicitación de algo ya implícito. Tanto en el Mensaje, como en el debate en las Comisiones de ambas Cámaras y en la salas se deduce un acuerdo en este punto.

13 En las XXXIII Jornadas de Derecho Público, U. de Concepción, 7, 8 y 9 de noviembre de 2002, presenté una ponencia criticando ese uso. En la misma línea ver Atria (1997), Zapata (2002) y Figueroa (2000).

La segunda constatación es que sin bien la libertad artística se entiende comprendida dentro de la libertad de expresión, la reforma busca hacer explícito aquello a fin de entregarle una mayor protección a la actividad creadora que la que gozaba al momento de proponerse la reforma constitucional.

La observación del diputado Elgueta, que fue también hecha ver por el senador Viera-Gallo, y en forma algo confusa por el senador Larraín, respecto a que la inclusión de la libertad creadora en el numeral 12 sujetaba a esta a las responsabilidades penales que se aplican a la libertad de opinión, y que, por lo tanto, era mejor colocarla en otro número del artículo 19, tal como de hecho sucedió, podría hacer pensar que la libertad artística, fundado en este antecedente de la historia de la reforma, esta exenta de esas responsabilidades.

Sin perjuicio de los argumentos sustantivos respecto a las responsabilidades por el ejercicio de la libertad de creación artística que se puedan dar, estimo que no se podría basar esa conclusión en este elemento interpretativo, por lo siguiente. Primero, porque las razones para la inclusión en el artículo 19, N° 25 expuestas por el senador Diez, que son además las que se dan en la Sala del Senado, y sin duda ilustran el voto de los senadores en ese momento, son distintas. Y segundo, porque la explicación que se da a la Cámara en el tercer trámite por el representante del Ejecutivo, y recordemos que ahí no hay otro antecedente que el proyecto mismo y lo que se diga en la Sala, se funda en la identidad de naturaleza entre el derecho de autor y la libertad de creación. Por lo tanto, no se puede argumentar una unidad de ideas por parte de los órganos constitucionales respecto a este punto. La mera mención por parte de uno o varios parlamentarios respecto a un asunto no tiene la virtud de convertirse en la voluntad del legislador. Se necesita mucho más para eso.

## V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE CREACIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS ARTES

### I. Problema previo a despejar

La introducción de la libertad de crear y difundir las artes en el numeral 25 del artículo 19 agrega, al menos en el texto, un nuevo derecho en la Constitución. Todo nuevo derecho constitucional presenta inmediatamente cuestiones relativas a su fundamentación o justificación, el dilucidar quiénes son sus titulares, las facultades o potestades jurídicas que lo constituyen, las garantías que el ordenamiento ofrece, sus límites y sus relaciones con otros derechos, bienes y valores constitucionales y con el conjunto de la Ley Suprema, en particular con el régimen político que esta establece.

Para empezar a responder adecuadamente estas cuestiones, que constituyen lo que se podría llamar la taxonomía del derecho, es necesario previamente dilucidar si se está en presencia de un genuino nuevo derecho constitucional o de una simple explicitación de uno ya reconocido previamente en el código político. La importancia de esta distinción es de si es un nuevo derecho no se aplicarán necesariamente el régimen anterior, sino que habrá que aclarar cuáles son las condiciones de este derecho.

Primero es necesario señalar, aunque pueda parecer algo obvio, que es ineludible distinguir la configuración de un derecho tanto en los planos morales, históricos, como derecho humano o como derecho fundamental (Peces-Barba, 1999, pp. 21-38). Es decir, es posible concebir que algo sea considerado como un derecho moral o natural, dependiendo de la teoría moral que se adopte, sin que esté reconocido en el ordenamiento positivo, o que también esté garantizado en el derecho internacional de los derechos humanos y no en el texto constitucional, es decir, como dere-

cho constitucional. Lo opuesto parece más difícil, pues es presumible pensar que los derechos constitucionales corresponden, en general, con una o varias de las categorías antes mencionadas, al menos en su núcleo esencial.

El caso de la libertad de expresión es sin duda paradigmático en este sentido, pues es fácil reconocerlo tanto como un derecho moral o natural, al menos en la tradición liberal, y, al mismo tiempo, como un derecho humano y constitucional.

Sin embargo, es posible concebir que un derecho constitucional posea una especificidad y materialidad que no corresponda con lo que puede ser el uso natural del lenguaje o la tradición cultural de los términos asociados al derecho, con lo que se conceptualice en una teoría moral específica o el ordenamiento internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, razones de seguridad jurídica, eficacia garantística, contexto cultural e histórico pueden aconsejar "desagregar" un aspecto de un derecho humano, y transformarlo en un específico derecho constitucional, con sus características propias no subsumibles en una terminología o positivización más amplia, como suele suceder con la empleada con los llamados derechos humanos o fundamentales.

El caso de la libertad de creación artística introducida en la Constitución puede ser un ejemplo de ese tipo. Querría argumentar, fundado principalmente en la materialidad del texto constitucional, que este es un derecho nuevo, separado o autónomo del derecho a emitir opinión e información reconocido en el artículo 19, N° 12. Las consecuencias de apreciarla de esta forma no son menores. Por de pronto, si es un derecho nuevo que debe ser construido en forma totalmente independiente de la libertad de expresión, no se le aplican, en principio, las restricciones que a esta se le imponen, al menos en la Carta Estatal, tales como la res-

ponsabilidad por los delitos y abusos que señala el inciso primero del artículo 19, N° 12, ni las mucho más graves contenidas en los estados de excepción considerados en el artículo 41, N°s 1, 2 y 5.

Lo anterior puede ser positivo desde la perspectiva de la libertad de creación. Pero no lo es tanto si se toma en cuenta que otra consecuencia de esta "independización" es que tampoco gozaría en forma automática de la expresa prohibición de censura previa que se garantiza a la libertad de opinión en la Constitución.

Como se mencionó anteriormente, una razón para entender la libertad de creación artística como un nuevo derecho constitucional es el simple hecho de su incorporación en el texto del artículo 19, N° 25. Es decir, el efecto propio, natural y obvio de la reforma es que existe una nueva garantía constitucional, que sin bien con anterioridad se consideraba como implícitamente protegida por la libertad de opinión e información contenida en el artículo 19, N° 12<sup>14</sup>, ahora lo está en forma explícita e independiente en el numeral 25.

Una segunda razón para entender esta independencia de la libertad de creación artística es de orden sistémico o de coherencia constitucional y es ofrecida por el mismo artículo 19, N° 25. Este artículo, junto con reconocer la libertad artística, también garantiza la propiedad intelectual e industrial. Pues bien, es más o menos evidente que la garantía constitucional de la propiedad tal como se contempla en el artículo 19, N° 24 es la más amplia posible, pues como su texto lo indica, se refiere a la propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sin duda que entre esas especies se puede incluir la propiedad

intelectual e industrial, tal como lo expondrá Cea en su comentarios sobre la invención industrial (1988, p. 230 y pp. 332-333). Sin embargo, y no obstante que la propiedad intelectual puede ser claramente incluida dentro de la garantía genérica del artículo 19, N° 24, la Constitución, en el inciso final del numeral 25 hace una referencia explícita a que las limitaciones y demás garantías que se contienen en el número 24 se aplican a la propiedad intelectual e industrial. Sin esa expresa referencia se presentaría la duda de si todas las limitaciones y garantías relativas a las propiedad general se aplicaría también a la propiedad intelectual.

Pues bien, la relación entre libertad artística y libertad de opinión e información es análoga a la existente entre la propiedad intelectual e industrial y el derecho de propiedad general. Por lo tanto, si no existe una mención específica que haga aplicable a la libertad de creación el régimen constitucional de la libertad de expresión, ella deber ser considerada en forma autónoma de esa libertad madre y es menester definir su propio régimen constitucional.

Ante esto se podría argumentar que la libertad artística no es nuevo derecho sino que solo una "manifestación" de la libertad de expresión, cubierta aún por ese derecho, a la cual se le aplica, por consiguiente, toda la regulación constitucional relativa a la libertad de expresión.

A fin de contrarrestar esta conclusión es necesario considerar los argumentos a favor de la tesis que podríamos llamar conservadora, pues ella mantendría el statu quo previo a la reforma en esta materia.

La tesis conservadora puede alegar en su favor que conceptualmente la libertad de expresión ha implicado siempre la creación artística. Es decir, que el derecho a expresarse libremente se ha entendido tanto en términos históricos como puramente doctri-

14 Tal como lo señalaron varios profesores de derecho constitucional ante la Comisión de Constitución del Senado.

nales como conteniendo las diversas manifestaciones artísticas, tanto plásticas como literarias. Lo anterior es claramente correcto desde un punto de vista puramente conceptual. Sin embargo, el hecho de que en términos históricos o conceptuales algo sean entendido de cierta forma no significa que el derecho, como instrumento práctico, no pueda contemplarlo como separado para efectos de su mejor protección. Es decir, si bien conceptualmente, o en términos morales si se quiere, la libertad de expresión es un derecho amplio que abarca diversas expresiones, desde el punto de vista del derecho constitucional chileno ello está concretizado no en una garantía sino que en dos. Así, a partir de la reforma constitucional en estudio son los artículos 19, N° 12, y 25 los que constituyen la garantía constitucional del derecho moral a la libertad de expresión.

Un segundo argumento a favor de la tesis conservadora dice relación con la garantía del artículo 19, N° 12. El texto del artículo 19, N° 12 asegura la libertad de opinión e información por cualquier medio o forma, lo que implica que las formas artísticas están incluidas dentro de aquella, pues ellas constituyen, sin duda, una de esas formas, paradigmáticas, podríamos decir, por medio de la cual los seres humanos dan a conocer sus sentimientos, formas de pensar y ver el mundo, y las percepciones estéticas. Y este texto no ha sido modificado por la reforma en comento. Así ha sido también el entendimiento de la libertad de opinión e información por parte de la doctrina constitucional, que la concibe como la más amplia de las libertades (Cea, 1988, p. 97; Vianco, 192, p. 325).

*All very well* como dirían los ingleses, pues el hecho de que la libertad de opinión se asegure en todas sus formas no implica que *ahora*, tras la reforma, ella contenga las formas de expresión artística. Ellas están ahora claramente protegidas en un artículo di-

ferente de la Constitución. Por lo tanto, luego de la reforma en comento, el entendimiento correcto de los generosos términos del primer inciso del artículo 12 es que ahí se aseguran todas las formas de expresión, salvo las artísticas, pues ellas están garantizadas en otro numeral. Y respecto a la doctrina constitucional que entendía a la libertad de expresión como conteniendo ese derecho, ella era enteramente correcta, hasta antes de la reforma.

Se podría contraargumentar, fundado en la historia legislativa de la reforma, que ella no modificó este entendimiento, pues como se observó previamente, la principal o bien única conclusión certera que se puede extraer del proceso legislativo que dio lugar a la modificación es que todos los actores entendían que la libertad de expresión contenía a la libertad de creación artística. Pues bien, y sin entrar en el largo debate sobre la importancia o no de la llamada historia fidedigna como elemento interpretativo, se puede alegar que las normas, una vez dictadas, poseen una independencia de las voluntades particulares de quienes las promovieron. Y en este caso la claridad del nuevo derecho a la creación artística hace innecesario preguntarse si acaso los legisladores previeron esta consecuencia o si se plantearon el problema. Más aún, y como se puede apreciar en el debate parlamentario, hubo varios legisladores, entre ellos el diputado Elgueta y el senador Viera-Gallo, que precisamente plantearon la introducción de la libertad artística en el numeral 25 a fin de evitar la aplicación a la libertad artística del régimen de la libertad de opinión, con lo cual claramente implicaban que se trataba de un derecho constitucional nuevo.

Un argumento adicional podría ofrecer la tesis conservadora y es relativo a la libertad de expresión como derecho humano. La obligación del artículo 5° de respetar y promover los derechos contenidos en los tratados ratificados por Chile, ofrece sin duda

un criterio interpretativo fundamental para el entendimiento de la Constitución. Esto se traduce en que en el proceso interpretativo se debe tomar en cuenta la forma en que esos derechos son garantizados, de modo tal que ellos complementen y enriquezcan el catálogo constitucional. Y como se vio previamente, desde el punto de vista de los derechos humanos la libertad de expresión se entiende también como un derecho amplio, que incluye las formas de expresión artísticas.

Sin embargo, el hecho indubitado de que en el texto de los tratados de derechos humanos la libertad de expresión contenga la libertad artística, no implica que a nivel nacional, específicamente a nivel constitucional, este derecho humano deba estar garantizado en una sola cláusula constitucional. Nada obsta a que el legislador constitucional opte por diversas técnicas de protección de los derechos constitucionales siempre que ello sea coherente con la protección de esos derechos, contemplando así un derecho humano en varias garantías. Por ejemplo, la Constitución chilena es mucho más detallada y garantística que la Convención Americana en lo que respecta al derecho de propiedad privada que el simple artículo 21<sup>15</sup> contemplado en ella, distribuyendo este derecho en tres numerales, como son la libertad de adquirir el dominio (19, N° 23), el derecho de propiedad propiamente tal (19, N° 24) y el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas (artículo 19, N° 25).

15 Este artículo señala que:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.

Empero, la razón de que la libertad de expresión como derecho humano garantizada en el artículo 13 de la Convención Americana, contenga en forma explícita la expresión artística, sí tiene efectos en la interpretación del artículo 19, N° 25, pues si bien este reconocimiento no justifica aplicar a la libertad artística el régimen de otro derecho constitucional, sí le hace aplicable a aquella las garantías contenidas en la Convención Americana, pues desde el *punto de vista de las normas de los tratados de derechos humanos* no hay distinción.

El desarrollo anterior relativo a la autonomía en el texto constitucional de la libertad de creación artística debe ser tomado como una discusión inicial y que por cierto puede ser objeto de más argumentos para una u otra tesis. Por ahora, el análisis de este derecho continuará bajo la premisa defendida previamente, es decir, de su independencia de la libertad de opinión e información.

Una taxonomía de este novísimo derecho constitucional debe contemplar, a lo menos, los siguientes puntos: titular, las atribuciones o contenido del derecho, los deberes del Estado frente al mismo, las garantías que aseguran el derecho y, finalmente, los límites que se consideren en el ordenamiento.

## 2. Titulares del derecho

El encabezado del artículo 19 señala que la Constitución asegura a todas las personas los derechos ahí incluidos. De lo anterior se deduce que los derechos reconocidos en el texto constitucional, se predicen de los seres humanos por el solo hecho de serlo, y por lo tanto, todos ellos, sin distinción alguna, son titulares de los mismos (Cea 2004, p. 46; Figueroa, 2000, p. 41; Núñez, 2002, pp. 200-201). Ello es consistente con el artículo 1, inciso primero, que declara que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Podría levantarse la duda de si este derecho puede atribuirse también a las personas morales o jurídicas. El encabezado del artículo 19 no distingue<sup>16</sup> ni tampoco lo hace el mismo texto del artículo 19, N° 25. Por otra parte, claramente las personas jurídicas son titulares de algunos de los derechos garantizados en la Constitución, tales como el derecho de propiedad o el derecho a desarrollar cualquier actividad económica contenido en el artículo 19, N° 21, sin los cuales ellas no podrían llevar a cabo sus actividades. Adicionalmente, tanto la doctrina como la práctica del recurso de protección admiten su interposición por parte de personas morales o jurídicas (Cea, 1988, p. 317; Verdugo, 1994, pp. 336-337) sin que se haya hecho distinción respecto a que pueda interponer por aquellas respecto a unos derechos y no a otros<sup>17</sup>.

Parece claro que la actividad de creación artística puede ser llevada a cabo tanto en forma individual como colectiva. Así, por ejemplo, una compañía teatral como La Troppa constituye una organización que desarrolla una actividad de creación artística en forma colectiva, en cada uno de los pasos de su producción y puesta en escena. Con mayor fuerza, la creación artística cinematográfica implica con frecuencia complejas organizaciones.

Lo mismo puede afirmarse de la acción de difusión del arte, la cual no solo es ejecutada por el solitario expositor de su obra, como podría ser el caso de un pintor o de

una bailarina, sino que en esta época de medios de comunicación masivos, a través de estos, tales como la televisión, las empresas editoriales o internet.

Por todo lo anterior, sin duda que constituiría una mala interpretación constitucional y contraria al desarrollo del arte el estimar como titulares de este derecho solamente a las personas naturales.

### 3. Libertad

La libertad personal constituye sin lugar a dudas uno de los principios básicos de la Constitución. Ya al inicio del texto constitucional se hace manifiesto lo anterior al señalarse que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Luego, son numerosas las disposiciones que aseguran esta libertad. Sin embargo, no parece haberse realizado un estudio general de la libertad en la Carta. Con frecuencia se ha hecho hincapié en las libertades económicas que esta garantiza, o en la libertad de opinión e información, pero no se ha efectuado, hasta donde sepa, un análisis que trate de entregar una visión coherente de las libertades constitucionales. Esto hace sin duda más limitado el analizar el sentido del término libertad en lo que respecta a la creación artística.

El sentido natural y obvio del término implica una acción no sujeta control o restricción por parte de un tercero. Sin entrar a discutir, por la razón antes dada, de si este sería el sentido constitucionalmente correcto del término, existe al menos una forma de entender el vocablo libertad referido a la libertad de creación artística y es que esta no puede estar sujeta a censura previa.

Las razones en contra de la censura son varias y de gran relevancia. John Stuart Mill en *Sobre la Libertad* entrega la definición clásica de ellas. Ellas fueron latamente presentadas en el mensaje presidencial y

16 Verdugo (1994) señala que comprende a las personas naturales como jurídicas. Pero no se da otra razón, implícitamente, que la cita a la sesión correspondiente de la Comisión Ortúzar (la sección 156, p. 7), lo que no constituye justificación válida en nuestro derecho constitucional

17 Sin perjuicio de que obviamente existan derechos que solo pueden ser predicados de las personas naturales. El derecho a la vida e integridad física es sin duda el ejemplo más claro. Y, viceversa, hay derechos que racionalmente solo pueden tener como titulares a grupos, tales como el derecho a la autodeterminación. Sobre esto último ver Raz (1986, pp. 207-209).

debatidas con cierta profundidad en la discusión de la reforma constitucional que dio origen la modificación en estudio. Varias de esas razones pueden ser deducidas del mismo texto y estructura de la Constitución, tales como la idea de dignidad humana contenida en el artículo 1º, lo que implica la capacidad de autodeterminarse en lo que respecta a qué se dice y qué se puede saber, es decir, autonomía personal en lo expresivo, o la existencia de un régimen republicano democrático contemplado en el artículo 4º, lo que excluye que las autoridades controlen lo que los ciudadanos pueden expresar o conocer y hace del debate público un elemento fundamental de la organización política.

Esas razones, desarrolladas latamente por cierto, bastarían para argumentar que en el caso de la libertad de creación artística, pese a no existir una prohibición expresa, a diferencia de la libertad de opinión e información, ella está libre de censura. A ellas se suma el principio interpretativo pro derechos humanos emanado del artículo 5º antes enunciado, que en este punto concreto permite concluir que el respecto a los derechos contenidos en los tratados internacionales, en concreto al artículo 13 de la Convención Americana, implica que las diversas formas institucionales en que se manifiesta la libertad de expresión en la Constitución deben entenderse todas ellas beneficiadas por la prohibición absoluta a la censura contenida en ese precepto.

#### 4. Atribuciones

El texto constitucional señala dos verbos rectores: crear y difundir.

##### 4.1 Crear

Este verbo constituye el núcleo del derecho, pues es de la esencia de la expresión artística el crear una nueva realidad, no presente anteriormente en el universo, por medio

del trabajo, la imaginación y sensibilidad humanas. La creación constituye la precondition para su difusión, pues ciertamente hay creación artística que no se difunde, pero no al revés.

La acción de creación artística puede emplear una gran variedad de formas, sin que sea posible, tal como la historia del arte lo enseña, determinar cuáles son los medios materiales propios de aquella. Pues prácticamente no existe objeto humano que no sea susceptible de empleo en una creación artística, desde las arenas del desierto en los dibujos religiosos de los indígenas australianos hasta el más complejo equipo de transmisión de imágenes digitales como en cuadros móviles de Bill Viola<sup>18</sup>.

Si los medios u objetos empleados para la creación artística son indeterminados, la forma de emplearlos, es decir, la propia expresión artística que consiste en utilizarlos en una forma tal que transmitan un mensaje o impresión distintos a su propia materialidad, que pueden ser, como el urinario de Marcel Ducham, perfectamente prosaicos, también lo son.

Esto porque no son los objetos en sí mismos los que son calificables como artísticos, como si lo artístico fuera una calidad intrínseca a ellos, de tal forma que se pudiera decir con certeza que tal cosa es un objeto de arte, como una pintura, y que otra no lo es, como el cuerpo humano. Tal como lo dirá el mismo Ducham en una presentación titulada *El Arte Creativo*, efectuada en 1957, la obra de arte no es llevada a cabo solo por el artista, sino que también el punto de vista del espectador afecta la determinante "transustanciación" de la materia inerte en arte (Hopkins, 2000, p. 41).

Este punto de vista presenta un obvio problema al aplicador del derecho, y en parti-

<sup>18</sup> Ver en <http://www.billviola.com>

cular al juez, pues la visión del espectador es tan múltiple como espectadores existen. Sin embargo, esas visiones no pueden considerarse como aisladas sino que son parte de una cultura específica, en un tiempo y lugar concretos. A ella debe mirarse el intérprete en el caso particular.

Como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso líder en esta materia dentro del derecho constitucional alemán, el caso *Mephisto*<sup>19</sup> (30 BverfGE 173, 1971), "El ámbito de la vida 'artística' se debe determinar a través de sus características estructurales propias, marcadas por la esencia de la cultura" (Schwabe, 2003, p. 175).

Esta determinación cultural de lo que se entiende como obra artística exige un análisis de conjunto y contextualizado de la obra artística. No siendo apropiado, por lo mismo, tomar una parte de ella en forma aislada a fin de juzgar de si esta afecta o no un determinado valor o derecho constitucionalmente protegido. Esa fue la conclusión a que llegó el Tribunal Constitucional Federal alemán en otro importante caso relativo a la expresión artística y el derecho al honor, el caso llamado *Del Teatro Callejero* (67BverfGE 213, 1984). En esa ocasión el Tribunal no dio lugar a una acción de revisión de un fallo condenatorio de la Corte Suprema de Baviera en contra de una acción de teatro callejero que ridiculizaba al político bávaro Franz Joseph Strauss. Sin embargo, entre los considerandos dirigidos al juez inferior respecto a cómo se debía analizar este tipo de conflictos constitucionales, el Tribunal señalará que "Las expresiones artísticas pueden ser interpretadas y necesitan de la

interpretación. Un elemento indispensable de esta interpretación es que la obra de arte sea vista en su totalidad. Uno no puede tomar partes aisladas de un trabajo fuera de contexto y analizarla en forma separada para ver si ameritan sanciones criminales"<sup>20</sup> (Kommers, 1989, p. 435).

#### 4.2. Difundir

El acto creativo libre es el supuesto necesario para la acción de difusión. Las formas en que se puede comunicar una creación artística son sin duda múltiples, y dependerán, en definitiva, de la conveniencia artística, los medios disponibles y el avance de la tecnología. Hay casos en que una creación artística es independiente de los medios de difundirla. Así, una pintura existe en forma autónoma si acaso es vista o no por terceros y de la forma en que aquellos accedan a ella. Así, uno puede ver una pintura tanto en forma directa, en una exhibición como en un catálogo, libros de arte, fotografías de la misma, televisión o cine. Todos ellos constituyen medios para la difusión de la obra pictórica.

Hay otros casos, en que, como dice McLuhan, "el medio es el mensaje", en los cuales el medio empleado constituye la obra artística, sin que esta pueda existir en forma independiente del medio de comunicación empleado. Así, por ejemplo, el cine como arte es creación y también medio de comunicación.

La difusión es también un elemento esencial de la actividad artística, pues es la forma en que se materializa el aspecto comunicativo que tiene el arte. En la sentencia del caso *Mephisto* el Tribunal Federal dejará clara la interrelación de ambos conceptos y cómo ellos componen esta libertad al declarar que "la garantía de la libertad artística incluye en igual forma los ámbitos

19 En este caso el amparo constitucional se produjo a raíz de la prohibición obtenida por el hijo adoptivo del director Gustaf Gründgens de que no se reprodujera, distribuyera ni publicara el libro "Mephisto" de Klaus Mann. En dicha obra se describe el ascenso bajo el nacionalsocialismo del actor Hendrik Höfgen, quien se desdice de sus convicciones para realizar una carrera artística. El personaje de la novela está modelado en la figura de Gustav Gründgens.

20 Traducción del autor.

del "trabajo" y del "efecto" de la creación artística. Ambos ámbitos constituyen una unidad indisoluble<sup>21</sup>. No solo la actividad artística (ámbito del trabajo), sino también, además, la presentación y difusión del trabajo artístico son materialmente necesarios para el encuentro con la obra como un proceso, en todo caso, específicamente artístico" (p. 175).

La formas en que se puede dar la difusión de la obra de arte debe también entenderse del modo más amplio posible a fin de resguardar la flexibilidad, dinamismo y variedad de la expresión artística, siendo ello consistente con la definición tanto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana que aseguran la libertad de expresión en todas sus formas.

La libertad de difundir una obra artística no solo implica elegir el medio para hacerlo, sino que también que ella pueda llegar a los ojos y oídos de otros. Ella conlleva, por lo tanto, un público que tiene el derecho a recibir libremente la creación artística. Sin este derecho la libertad de difundir pierde sentido, pues carece de lógica y propósito que una obra sea difundida por un medio de comunicación, para luego, en el camino, dicha comunicación sea interceptada o todos los posibles oyentes sean impedidos de recibirla. Por lo tanto, está implícita en la difusión la recepción, o mejor dicho, la libertad de recibir.

21 El artículo 5 de la Ley Fundamental alemana dice:

1. Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información a través de la radio, televisión y del cinematógrafo. No se ejercerá censura.
2. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales sobre protección de los menores y el derecho al honor personal.
3. Serán libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza. La libertad de enseñanza no exime, sin embargo, de la lealtad a la Constitución.

Se refuerza esta interpretación si se toma en cuenta que el Estado está obligado a asegurar a todas las personas el derecho a participar en la vida cultural contenido en el artículo 15.1 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y señala el numeral 2 de ese mismo artículo que entre las medidas que los Estados deben adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figuran las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de las ciencias y la cultural.

Es decir, por un lado existe una libertad de difundir la creación artística, la que implica la libertad correlativa de recibir, y por otro el derecho a gozar de la cultura, lo que, entre otras cosas, implica el deber del Estado de difundir el arte.

## 5. Garantías y deberes del Estado

Dice Gregorio Peces-Barba que "La resistencia es una de las notas que definen el carácter fundamental de los derechos. Un derecho podrá ser considerado como fundamental dentro del Ordenamiento, cuando se muestre resistente frente a otros poderes. Y esta nota de resistencia adquiere sentido desde los mecanismos de protección de los derechos" (1999, p. 501). Sin pretender entregar un cuadro completo de todas las garantías que se pueden aplicar a la protección de la libertad de creación artística, me referiré a aquellas más relevantes y de uso más común. Al respecto, los mecanismos de protección pueden ser tanto en el nivel nacional como internacional. Comenzaremos por los primeros.

### 5.1. Garantías generales

Primero, están aquellas garantías generales, es decir, que dicen relación "con los principios que definen el Estado y que permiten mantener y caracterizar una visión integral de los derechos (Peces-Barba, 1999, p. 503). En Chile, el Estado organizado por la Cons-

titución Política tiene una serie de principios y deberes respecto a los derechos, los cuales son sin duda aplicables a la libertad artística. Un estudio pormenorizado de la forma en que el Estado asume estos deberes y las consecuencias prácticas de aquellos excede la extensión de este trabajo, por lo que, por ahora, solo serán mencionados en forma abstracta, esperando otra ocasión para su pleno desarrollo.

Partiendo por el artículo 1° de nuestro ordenamiento Constitucional, en él se define al Estado como al servicio de la persona humana. Esta definición esencial se expresa en un deber general, básico y fundamental, de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con el pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

Es razonable pensar, y es lo que justifica el introducir la garantía de la libertad artística en la Carta Política, que la posibilidad de creación artística, y también, como veremos, el de poder acceder al arte, sean elementos importantes en el desarrollo espiritual de las personas. Ciertamente que ello es de vital importancia para quien decide dedicar su vida a la creación artística. Pero no es necesario suponer que el deber de crear las condiciones sociales para que las personas desarrollen la creación artística se aplican solo a los que hacen de ella un modo de vida. Toda persona tiene la potencialidad de tener una forma de expresión artística, y también de gozar de ellas. Así, se puede colegir que la creación artística es un elemento integrante del desarrollo humano, entendido en forma integral, fundándose de este modo un deber general y amplio del Estado de promover tanto la creación del arte como su difusión.

Luego, el Estado tiene un segundo deber general respecto a la creación artística y su

difusión. El inciso quinto del artículo 1° establece el deber de asegurar a las personas el derecho a participar con igualdad de condiciones en la vida nacional. Este deber tiene correlato con el impuesto en la Constitución española en su artículo 9.2 cuando en aquella se dice que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitan la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Peces-Barba dirá que este deber implica que la actuación del Estado no queda limitada a la no transgresión de los derechos, sino que también adquiere una dimensión de promoción y de remoción de aquellos inconvenientes que impiden su práctica.

El efecto de promoción y remoción de obstáculos pueden también afirmarse para el caso chileno, porque el deber de asegurar la igualdad de oportunidades a cada persona implica que como ellas tienen realidades muy diversas, es el Estado el que debe modificar las condiciones sociales a fin de asegurar la igualdad de participación. Lo anterior, aplicado al campo de la creación artística, implica a lo menos dos cosas. Primero, que se debe asegurar que toda persona tenga igualdad de oportunidades en el desarrollo de la actividad artística. Y, segundo, ahora como sujeto pasivo, que todos tengan también igualdad de oportunidades en cuanto a participar en la creación artística, que sin duda es uno de los aspectos de la vida nacional. Esto significa, fundamentalmente, el acceder a la difusión del arte en igualdad de oportunidades.

Luego el artículo 5°, inciso segundo, impone una obligación de respeto y promoción, que también se aplica a este nuevo derecho. El término respetar implica la no afectación de esta libertad de creación y difusión. Es

decir, que los órganos del Estado deben asegurar respecto a ellos mismos y también respecto a los particulares una libre creación y difusión. Paradigmático en este deber es el de no censurar el arte en modo alguno.

No se agotan los deberes del Estado en esta faz predominantemente negativa<sup>22</sup> sino que además el texto constitucional impone la mayor exigencia de promover los derechos garantizados en la Constitución y en los tratados. Poca atención le ha dado la doctrina nacional al significado de este importante deber constitucional. Sin embargo, y algo a tientas por lo mismo, trataremos de sugerir qué puede significar en lo que respecta a la libertad de creación.

Puede dar cierta luz el que el texto de la Convención Americana, en su artículo 1º, se comprometa a respetar y garantizar los derechos en ella contemplados. En lo que respecta al deber de garantizar los derechos, en el caso *Velázquez Rodríguez* la Corte Interamericana declaró que esta obligación implicaba organizar y preparar el aparato estatal para evitar, en la medida de lo posible, que otros (individuos o entidades) violen las libertades humanas. Este deber, señaló, se manifiesta en un tríptico constituido por las acciones de prevenir, investigar y sancionar (Hitters, 1993, p. 86, citando del párrafo 166 de la sentencia) precisando que esta obligación de prevenir no se satisface con solo crear un orden normativo, es preciso además una conducta gubernamental positiva tendiente a evitar infracciones (párrafo 167). La Convención concretiza este deber positivo en su artículo 2º, el que señala que

22 Que la obligación de respeto sea negativa solo lo es muy parcialmente, pues es bien sabido que en las garantías de respeto exigen con frecuencia una acción de orden positivo a fin de asegurar que ese respeto sea efectivo y no meramente retórico. De esta forma la división entre derechos negativos o positivos, o en civiles y políticos y socio económicos es algo engañosa, pues todos ellos exigen el despliegue de una acción administrativa y presupuestaria.

los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

Los términos obligación positiva, prevención y "medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos" implican ciertamente que la labor del Estado respecto a los derechos debe ser la de una activa diligencia, en todos los ámbitos de su esfera de competencia, a fin de hacer una realidad, "efectivos", los derechos reconocidos. En lo que respecta a la libertad de creación artística vemos que ella está definida por dos elementos esenciales, que son el de constituir una libertad para crear y de difundir. Pues bien, una acción positiva significa, entre muchas medidas "de orden legislativo y otras" el crear conciencia de la existencia de esta libertad, asegurar que ella no se infrinja, crear y promover los mecanismos para permitir a las personas el desarrollar su actividad artística y su difusión.

El deber de respetar los derechos reconocidos en los tratados internacionales establecido en el artículo 5º, inciso segundo, y la acción positiva a favor de estos se materializan en forma especial en el derecho que tiene toda persona de gozar de la vida cultural reconocido en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales. Es claro que el arte es un componente esencial de la vida cultural de la nación. Y el Pacto asegura que toda persona debe poder gozar, entre otras cosas, de la creación artística. Para esto no basta, importante como es, que el Estado asegure la libertad más plena en este plano, condición indispensable para que pueda existir un arte que sea apreciable por las personas, sino que debe efectuar acciones para que todas estas tengan la posibilidad de conocer y apreciar el arte.

## 5.2. La garantía del contenido esencial del derecho a la libre creación artística

Dentro de las múltiples clasificaciones de las garantías internas que presenta Nogueira (2001, pp. 416-448) siguiendo en esto bien de cerca a Peces-Barba (pp. 501-568), se encuentran las llamadas garantías normativas, que son aquellas que hacen referencia al principio de legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, como su reforma" (2001, p. 419, siguiendo a Peces-Barba, p. 507<sup>23</sup>) siendo en nuestro ordenamiento constitucional el principio de reserva legal, el respeto al contenido esencial de los derechos, la vinculación de los poderes constituidos por los derechos fundamentales, la limitación del legislador delegado, los quórum calificados de la ley y la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Todas ellas se aplican a todos los derechos constitucionales sin distinción alguna, y, por lo tanto, protegen también la libertad de creación artística.

Me detendré solo en la garantía del contenido esencial de los derechos. Como se sabe, esta es un aporte germano al constitucionalismo (Cea 2004, p. 608). Así, la Ley Fundamental de 1949, en su artículo 19.2, ordena que en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental. Dicha disposición fue reiterada en la Constitución española de 1978, la que en su artículo 53.1 dispone que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán

de acuerdo a lo previsto en artículo 161.1.a.". Para el Tribunal Constitucional español dicho contenido esencial posee dos acepciones, tal como lo explicitará en la STC11/1981 FJ 8°. Por la primera señala que "Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a estar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales". Y la segunda "consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o médula de los derechos fundamentales. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos" (Rubio Llorente, 1995, pp. 721-722). El Tribunal Constitucional chileno ha acogido la primera de estas dos acepciones, al decir que "un derecho es afectado en su esencia cuando se le prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible" (Nogueira, p. 422, citando sentencia Rol 43, del 24 de febrero de 1987).

Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, respecto a libertad de creación artística se puede argumentar que el contenido esencial está constituido justamente por su calidad de ser una libertad, es decir, la facultad de crear y difundir el arte sin estar sujeto a censura, control o autorización previa. Sin esta libertad fundamental no se puede concebir la existencia o justificación de esta garantía constitucional o ella se ve gravemente desfigurada.

<sup>23</sup> La edición de la obra de Peces-Barba que cita Nogueira es la de 1995. La citada por mí es la de 1999.

Junto con las garantías normativas, Nogueira señala que existen las llamadas garantías jurisdiccionales de los derechos (p. 434). En el caso de la libertad de creación artística ellas están constituidas por los siguientes instrumentos:

- a. Las acciones constitucionales ante el Tribunal Constitucional en caso de que un proyecto de ley, de tratado, un decreto, resolución del Presidente de la República, o un decreto con fuerza de ley infrinjan o atenten contra la libertad de creación artística. Como se sabe estas acciones poseen como titulares activos solo ciertas autoridades.
- b. El recurso de protección contenido en el artículo 20 de la Constitución, pues este contempla entre los derechos recurribles el numeral 25.
- c. El recurso de inaplicabilidad contemplado en el artículo 80 de la Constitución, cuando un precepto legal infrinja libertad de creación y difusión del arte.

Respecto a las garantías internacionales de que goza la libertad de creación artística estas se dividen en universales y regionales. En la primera categoría destaca el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, con la posibilidad de las denuncias entre Estados (art. 41) o las demandas individuales contempladas en el Protocolo Facultativo (art. 2) en caso de infracción al artículo 19, que garantiza la libertad de expresión. Luego, a nivel regional, están los mecanismos contemplados en la Convención Americana, como las quejas interestatales (art 45) y las denuncias de individuos (art. 44) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

## 6. Límites y restricciones

No existen los derechos ilimitados. Por de pronto, ciertamente en el caso de los dere-

chos constitucionales y los derechos humanos, ellos limitan entre sí y también con valores y principios necesarios para la misma mantención de esos derechos.

Respecto a los límites a la libertad de crear y difundir el arte es necesario, siguiendo en esto a Peces-Barba, distinguir entre diversos tipos de límites que poseen los derechos fundamentales. Este autor distingue entre los límites del sistema jurídico en general, del subsistema de derechos fundamentales, de cada derecho considerado en general o también del caso concreto, los que serán más bien a su ejercicio (p. 590). Entre los límites generales del sistema jurídico existen lo que él denomina los llamados bienes constitucionales, mencionando, para el caso español, la dignidad de la persona, la salvaguardia del orden político y la paz social, el Estado social y democrático, el principio de independencia del poder judicial, el principio de las mayorías, etc. (p. 593).

### 6.1 Dignidad humana

Me detendré solo en la idea de dignidad humana como límite a la libertad de expresión artística. Al respecto, parece interesante, una vez más, traer a colación la jurisprudencia constitucional alemana, la cual ha desarrollado el punto con la precisión acostumbrada. La ocasión de llevar a cabo este análisis es el ya citado caso *Mephisto*. En dicho fallo el Tribunal recordará que bajo el ordenamiento constitucional alemán, "el arte con su carácter autónomo y que obedece a leyes propias, se encuentra protegido sin reserva alguna por el artículo 5.3 de la L.F"<sup>24</sup> (Schwabe, p. 176), agregando que también es inaplicable el límite a los derechos consagrados en el numeral 1 de la garantía de la libertad de expresión, observando que "tampoco sería admisible suprimir algunas partes del contexto de una obra narrativa y tratarlas como la ex-

24 Ver nota 21.

presión de una opinión en el sentido del artículo 5.1 dando así aplicación a las restricciones contempladas en el num. 2". Luego, agregará que se debe rechazar la opinión que de acuerdo al art. 2 num 1 LF<sup>25</sup> la libertad artística se encuentre limitada por los derechos de los otros, el orden constitucional y las buenas costumbres, en base al argumento de que ello iría en contra del principio de subsidiariedad del artículo 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental sobre la especialidad de las libertades individuales.

Sin embargo, luego de estas consideraciones que destacan la excepcionalidad de la libertad artística y científica en el ordenamiento constitucional alemán, el Tribunal señalará que "De otra parte, el derecho a la libertad tampoco se garantiza sin reserva alguna. La libertad garantizada en el art. 5 num. 3 frase 1 LF<sup>26</sup> se origina como todos los otros derechos fundamentales en la concepción del ser humano que tiene la Ley Fundamental, esto es, del ser humano como una personalidad responsable de sí misma, que se desarrolla libremente al interior de la comunidad social (se citan varias sentencias). Sin embargo, la ausencia de reservas que caracteriza este derecho significa que los límites de la garantía de la libertad artística, solo los puede determinar la Constitución misma. Como quiera que la libertad artística no contempla ninguna reserva para el legislador ordinario no puede ser relativizada, ni mediante el ordenamiento legal general, ni a través de una cláusula indeterminada, que sin un punto de partida constitucional y sin la suficientemente se-

guridad que provee el Estado de Derecho, pone en peligro los bienes necesarios para la estabilidad de la comunidad estatal. Más aún los conflictos que se den en el marco de la garantía de la libertad artística, se tienen que resolver mediante la interpretación constitucional, con base en el orden de valores de la Ley Fundamental y atendiendo a la unidad de ese sistema de valores básico. Como parte del sistema de valores de los derechos fundamentales, la libertad artística se encuentra subordinada a la dignidad humana<sup>27</sup>, garantizada en el art. 1 LF, que como valor supremo domina la totalidad del sistema de valores de los derechos fundamentales (cBVerGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). No obstante, la garantía de la libertad artística puede entrar en conflicto con la esfera de la personalidad, protegida constitucionalmente, porque una obra artística puede afectar también el plano social" (Schwabe, p. 176-77).

Según Kommers, para el Tribunal Constitucional alemán la cláusula de la dignidad humana expresa el valor de mayor importancia en la Ley Fundamental, conformando la sustancia y el espíritu de la totalidad del documento (305)<sup>28</sup>.

Entre las varias observaciones que permite esta interesante sentencia, parece más atinente al tema de los límites señalar que, según el Tribunal Constitucional alemán, pese a que la estructura del texto y del sistema de garantías de los derechos de la Ley Fundamental exime a la libertad artística

25 El artículo 2 dispone:

1. Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente contra el orden institucional o la ley moral.
2. Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos solo podrán verse afectados en virtud de una ley.

26 Es decir la libertad de creación artística.

27 En la traducción de Kommers, el Tribunal calificó la relación entre la libertad artística en forma bien diferente, pues señalaría que la libertad artística, como parte del sistema de valores de la Ley Fundamental está estrechamente relacionada con la dignidad del hombre garantizada en el artículo 1 (la cita textual en inglés es "As a part of the Basic Law's value system, freedom of the arts is closely related to the dignity of man guaranteed in Article 1, which, as the supreme value, governs the entire value system of the Basic Law), ver p. 310.

28 Traducción del autor.

de las limitaciones generales y específicas que se aplican a otros derechos constitucionales, y en particular a la libertad de expresión, ello no la exceptúa de estar subordinada al valor basal de la Constitución germana, que es la dignidad humana.

Es pertinente preguntarse si este tipo de razonamiento es transferible a nuestro ordenamiento constitucional y, de serlo, en qué forma y condicionantes. Al respecto, el profesor Cea, en su obra recientemente publicada *Derecho Constitucional Chileno*<sup>29</sup>, ha afirmado que "La dignidad es la calidad de la persona humana que la convierte en fuente y titular de los derechos inherentes a su naturaleza", agregando que "el cimiento y sustento de los derechos humanos yace (...) en el valor de la dignidad de la persona". Consistente con lo anterior, afirma que "este valor o bien es el primero y más importante de los reconocidos en la Carta Fundamental" (2004, p. 39). Si bien no se ofrece una justificación de por qué la dignidad debe considerarse como el fundamento de los derechos y constituir el "primero y más importante de los valores" constitucionales, sí se cita la sentencia del Tribunal Constitucional chileno del 28 de octubre de 2003, rol n° 389, la cual apoya su interpretación al indicar que la dignidad es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías (considerando 17).

Un efecto plausible de considerar a la dignidad como fundamento y justificación de los derechos es que aquellos están subordinados a ella. Cea llega a esta conclusión cuando afirma que en caso de conflicto entre derechos se debe reconocer una jerarquía entre ellos "comenzando con la fuente o el presupuesto de todos, o sea la dignidad humana, para seguir con la vida e integridad personal" (2004, p. 65).

<sup>29</sup> Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile (2004).

Por ahora, por lo complejo del tema y lo extenso que implicaría su abordaje con cierta precisión, solo ofreceré los esbozos de una respuesta, la que irá en la dirección de afirmar que, a diferencia del ordenamiento alemán y de lo afirmado por el profesor Cea, la dignidad humana, siendo un valor constitucional fundamental, no es el valor supremo de la Carta Estatal ni, por lo tanto, están los derechos subordinados a aquella, sino que existe una relación de interdependencia entre ambos conceptos.

Primero es necesario partir con la propia Constitución chilena. Esta se inicia con la fundamental declaración de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1, inciso 1°). De lo anterior se puede deducir que *para el texto constitucional* dignidad y derechos son dos conceptos que posee en un mismo estatus. Por lo tanto, no se puede, así como así, subsumir o subordinar aquellos dentro de ella.

El que no se especifique el tipo de relación entre derechos y dignidad ya hace una diferencia con la Carta Fundamental alemana, en la cual, partiendo con el artículo 1.1 se señala que la dignidad del hombre es inviolable y que constituye el deber de todas las autoridades del Estado su respecto y protección, para, a renglón seguido, en el párrafo 2, decir que el pueblo alemán reconoce, *en consecuencia*, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Es decir, en el texto superior alemán desde su mismo inicio se puede colegir que los derechos son una consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana. No así el texto constitucional chileno.

Ahora bien, el artículo 5, inciso segundo, señala que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Dos observaciones permite este precepto fundamental de nuestro derecho

constitucional. Primero, que lo que limita la soberanía son los derechos y no otros valores, tales como, por ejemplo, la dignidad<sup>30</sup>. Si esta fuera el valor supremo, sin duda que habría correspondido mencionarla como un límite al ejercicio de la soberanía. Es más, la redacción de ese artículo da pie para la idea exactamente inversa, cual es que el objeto primero y central, aunque no exclusivo por cierto, de la Carta Fundamental es la protección de los derechos de la persona.

La idea de los derechos como límite supremo se refuerza nuevamente en el mismo artículo 1º, inciso cuarto, cuando se señala que el Estado está al servicio de la persona humana y debe contribuir a la mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que establece la Constitución. Es decir, son los derechos los que limitan al Estado, por lo menos en forma preeminente. Digo esto porque es claro que los límites a la acción de Estado no son solo los que explícitamente se señalan en este inciso, sino que ellos deben ser tomados del total de la Carta. En definitiva, todo valor y deber constitucional constituye un límite, pues señala o dispone qué es lo que se debe hacer y qué no, es decir, imponen límites.

Las consideraciones anteriores permiten sugerir que en nuestro ordenamiento constitucional la dignidad no puede ser considerada como el valor supremo, al cual todos los demás se subordinen, sino que constituye solo uno de los valores constitucionales. Si esto es correcto, ¿cómo entender su relación con

los derechos constitucionales? Esta materia ha sido objeto de extensos debates tanto en el derecho constitucional comparado como en la doctrina nacional, y un estudio acabado de todas las posiciones excede esta oportunidad<sup>31</sup>. Así que a modo de reflexión y en forma bien tentativa, planteo lo siguiente. Si dignidad y derechos son valores que no pueden subordinarse, sino que ambos se predicen de la persona, tal como lo señala el artículo 1º de la Constitución, esto quiere decir que ellos están en una relación de complementariedad respecto de la persona humana. Con esto quiero decir que no se puede entender la dignidad humana sin unos derechos fundamentales que expresan los aspectos esenciales de la persona, tales como su vida, integridad física y psíquica, privacidad, libertad de movimiento y expresión, conciencia. ¿Qué sentido tiene hablar de dignidad sin integridad psíquica o capacidad de expresarse libremente? Y, por otra parte, los derechos no agotan todos los aspectos que dan valor a la vida humana. La dignidad es un valor que excede a los mismos derechos y tiene su autonomía de aquellos.

Consecuencia de estas ideas es que si dignidad y derechos están en esta estrecha relación, simbiótica podríamos decir, el ejercicio de los derechos puede implicar la afectación de la dignidad humana. En ese sentido la dignidad sí constituye un límite a aquellos. Pero, y he aquí la importante diferencia con la tesis de entender a los derechos como subordinados a la dignidad, cuando se desconoce un derecho no solo se está desconociendo la dignidad de la persona, sino que se infringen aquellas razones que justifican el derecho. Y aquí es donde adquieren importancia los fundamentos del derecho a la creación artística esbozados al comienzo de este trabajo. Ellos constituyen razones para respetar el derecho a la creación artística que son independientes del valor de la dignidad.

30 Solo un comentario sobre esto. Tradicionalmente la soberanía se ha entendido como un atributo del Estado, como poder indiscutido. Bajo esa visión puede tener sentido hablar de los derechos como límite. Sin embargo, esta forma de pensar crea una dicotomía en las personas como ciudadanos en una sociedad democrática, y los derechos individuales de esas mismas personas. En cambio, si se entiende la soberanía como el derecho colectivo de autodeterminación, como el derecho político fundamental que crea la comunidad política, esa disyuntiva no se puede producir, pues ese derecho es uno más entre los derechos que tienen las personas.

31 Al respecto, las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, en 1994, estuvieron dedicadas justamente a este punto. Ver edición EDEVAL (1995).

La forma de resolver el conflicto entre esas justificaciones y una eventual afectación de la dignidad de la persona no puede ser determinado en términos abstractos y a priori, sino que necesariamente debe verse caso a caso, atendiendo a los efectos particulares y generales que tenga la eventual limitación de un derecho u otro valor. A diferencia de la jerarquización de los derechos que postula el profesor Cea, que debe ser objetada por llevar a resultados tan contraintuitivos como que la libertad de creación artística sería el último y, por ello, el menos importante de los derechos, de menor jerarquía, por ejemplo, que el derecho de petición reconocido en el artículo 19, N° 14.

## 6.2 Estados de excepción constitucional

La situación más radical de limitación y restricción de los derechos constitucionales contemplada en la Constitución se da en los llamados estados de excepción constitucional. Ellos están considerados en los artículos 39 a 41 de la Ley Suprema, siendo los estados de asamblea, sitio, emergencia y catástrofe. En el caso del estado de asamblea el Presidente de la República está facultado para suspender o restringir la libertad de opinión e información; en el de sitio, a suspender o restringir el ejercicio de la libertad de opinión e información, y en el estado de catástrofe, de restringir esa misma libertad. A consecuencia de la reforma constitucional bajo estudio surge la pregunta de si acaso la libertad de creación artística podría estar sujeta a las restricciones o suspensiones que se le pueden imponer a la libertad de opinión e información en dichos estados. La respuesta debiera ser negativa, en razón de las siguientes consideraciones.

Primero, un argumento de texto, que, como casi todas las cosas en materia constitucional, requiere, sin embargo, de una mayor elaboración. En la normativa sobre los estados de excepción se señalan ciertos y específicos derechos, entre ellos la libertad de

opinión e información y no la libertad de crear y difundir las artes. No quiso el constituyente al momento de hacer la modificación bajo estudio incluirlo en los derechos sujetos a restricción. O quizás no advirtió el efecto de la modificación en esta importante materia<sup>32</sup>. Para el literalismo la mera ausencia en el texto debiera bastar. Pero, por supuesto, se podría, y más aún, se debiera contraargumentar que todo depende de qué se entienda por libertad de expresión. De si ella, para estos efectos, incluye o no al derecho que antes se consideraba como implícitamente comprendido, es decir, la libertad de creación artística. Así que esto es, una vez más, un asunto de interpretación.

Previamente argumenté que constitucionalmente la libertad de creación artística se había constituido en un derecho nuevo e independiente en nuestro ordenamiento. Por consiguiente, toda referencia que se hubiere hecho en la Constitución a la libertad de opinión e información ya no podría entenderse como incluyendo a esa libertad. Una de las consecuencias de la tesis de la independencia era la no aplicabilidad de las restricciones a la libertad de opinión impuestas por los estados de excepción a la libertad de creación artística.

Coopera con este entendimiento el principio interpretativo de que las restricciones a los derechos, particularmente unas restricciones de la envergadura como las permitidas por los estados de excepción constitucional, deben ser interpretadas restrictivamente y en forma tal que favorezcan en la mayor medida a los derechos involucrados. Peces-Barba cita una sentencia del Tribunal Constitucional es-

32 Solo un experimentado constitucionalista como Francisco Cumplido fue capaz de hacer notar a la Comisión de Constitución del Senado que el cambio de numeral traería confusiones con las remisiones que las leyes hacen a los numerales del artículo 19 y que habría que mencionar la restricción a la libertad de creación artística en algunos estados de excepción constitucional si se la separaba de la libertad de opinión. Sin embargo, sobre esto nada se dirá en las discusiones posteriores.

pañol, la 159/86, que explica bien este principio, al decir que "tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio, vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (p. 614; también Nogueira, 2001, p. 398).

Tal doctrina ha sido también recogida por nuestra Tribunal Constitucional, en relación al antiguo artículo 8° de la Constitución, que sancionaba a las personas como a los grupos por aquellos actos destinados a propagar doctrinas que atentaran contra la familia, propugnaran la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases. En la sentencia Rol 21, del 31 de enero de 1985, pronunciada en requerimiento en contra del MDP (Movimiento Democrático Popular), el Partido Comunista, Partido Socialista y otros movimientos de izquierda, el Tribunal señaló que "la interpretación más amplia y extensiva que pretenden dar los requirentes al artículo 8°, incisos segundo (...) no solo no se concilia con los elementos de interpretación aludidos<sup>33</sup>, sino tampoco con aquella otra norma de hermenéutica jurídica que exige interpretar restrictivamente los preceptos de excepción, como es el caso del artículo 8°, inciso 2°, que limita la libertad de opinión y el derecho de asociación" (considerando 22).

Siguiendo este principio es claro que habiéndose modificado el texto constitucional

33 El Tribunal señalará que estos principios son el sentido y tenor literal de la norma, con la debida armonía y correspondencia de que debe existir entre los diversos preceptos de la Constitución, y la historia fidedigna de su establecimiento.

no puede dársele a la libertad de opinión e información designada en el texto de los artículos 41, N°s 1, 2 y 5, una interpretación expansiva, tal que se extienda a un nuevo derecho constitucional, con el objeto de restringirlo o suspenderlo.

Una tercera consideración, más tentativa, apoyaría la tesis aquí defendida. Ella dice relación con uno de los principios que justifican la existencia de los estados de excepción constitucional, cual es el de la estricta necesidad de la restricción para la protección de los objetivos o bienes que justifican los estados de excepción. Estos no pueden sino estar al servicio de la propia Ley Suprema "teniendo dos finalidades u objetivos fundamentales, cuales son reestablecer la vigencia de la Constitución democrática y, naturalmente, superar, vencer, doblegar la emergencia que tiene expuesta o en peligro inminente la vigencia de la Carta Fundamental" (Cea, 1997, p. 176). Si la finalidad de las restricciones es la defensa del orden constitucional, parte esencial del cual lo constituyen los derechos constitucionales, ellas solo pueden ser coherentes con dicho orden si es que son estrictamente necesarias y no existieran otros medios menos invasores para lograr la defensa de ese orden.

Los tratados de derechos humanos son más precisos en esta materia que nuestro ordenamiento interno y aportan, por lo mismo, valiosos criterios interpretativos. Así, de acuerdo a Noguera, de la revisión comparativa de las normativas de la Convención Americana, en concreto el párrafo 3<sup>34</sup> de su artículo 27 y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en

34 Este párrafo dispone: "En caso de guerra, de peligro público o de otro emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social."

su artículo 4, párrafo 1<sup>35</sup> surge el principio de proporcionalidad que señala que las medidas aplicables deben ser las estrictamente limitadas a las exigencias de la situación (1997, p. 30). Esta interpretación ha sido también confirmada por una opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana, la OC 8/87 del 30 de enero de 1987, respecto al hábeas corpus bajo suspensión de garantías, que teniendo por objeto justamente la interpretación del artículo 27 de la Convención Americana, señaló: "Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deber ser ajustadas 'a las exigencias de la situación', resulta claro que lo permisible en una de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de la situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medias adoptadas respecto de ellas" (párrafo 22; Travieso, 1996, p. 246).

Pues bien, de lo que se trata es de determinar en qué medida la restricción de la libertad de creación artística podría ser en alguna forma estrictamente necesaria para salvaguardar el orden constitucional amenazado en las diversas situaciones de hecho que constituyen el fundamento de los distintos estados de excepción constitucional. Sin perjuicio de reconocer que la materia es de suyo compleja y que supera la extensión de este trabajo, planteo lo siguiente.

35 En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estado Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales obligaciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y ni entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Como hipótesis general, argumentar por la básica ineptitud del arte para afectar de alguna forma razonablemente relevante las situaciones de emergencia que habilitan para establecer los estados de excepción, y por lo tanto, la carencia de una justificación suficiente para su restricción en dichas circunstancias. Es razonable presumir el consenso en torno a que el arte, por regla general, tiene un poderoso y profundo impacto en la cultura, y por ello en la vida de las personas y las sociedades. Pero dicho impacto, me atrevería a señalar, más allá de lo vistoso de las polémicas que de tanto en tanto puedan originarse en torno a él, rara vez es instantáneo, inmediato y masivo. La obra artística, más bien se mueve en terreno de lo personal, gradual, y, con frecuencia, para la elite. Ciertamente este parece ser el caso de buena parte del arte de los últimos 50 años. Esto, aunque ciertamente discutible, ya debería hacernos escépticos frente a la idea de incluirlo entre los derechos potencialmente restringibles.

Esta afirmación general se puede hacer más concreta si se analiza cada uno de los estados de excepción constitucionales vis a vis la libertad artística. Así, el estado de asamblea se dicta en caso de guerra externa. ¿En qué forma el ejercicio de la libertad artística podría de manera alguna, que fuera relevante y estrictamente necesarias como para justificar su suspensión o restricción, afectar los esfuerzos de un país de defenderse de un enemigo externo? En este caso son los que aboquen por la inclusión del arte dentro de la libertad de expresión los que deberán justificar la estricta necesidad de restringir esta libertad en caso de guerra interna. Francamente dudo que sea posible. Luego, tenemos el estado de sitio, dictado en caso de guerra interna o conmoción interior. Aquí, como el caso anterior, estamos en presencia de acciones de orden bélico interno o que implican desorden y violencias graves y masivas. Nuevamente, es difícil de suponer que la

restricción a la creación y difusión artística sea algo estrictamente necesario como para amagar un levantamiento popular o una acción de una guerrilla interna. El arte y su difusión parece impotente o simplemente irrelevante en esas situaciones. Solo un estado paranoico, totalitario o dictatorial puede entrar en ese tipo de elucubraciones. Finalmente tenemos el estado de catástrofe, el cual se refiere a situaciones de calamidad pública, ya sea de origen natural o humano. En este caso parece aún

más difícil de imaginar que el arte tenga alguna relación, afecte o incida, en forma alguna, la situación de catástrofe y que por lo tanto justifique razonablemente su restricción. Terremotos, inundaciones, sequías o graves accidentes producto de la acción humana, todos ellos son los casos en que se justificaría un estado de catástrofe que dan pie para las restricciones a los derechos contemplados en el texto del artículo 41 N° 5. La libertad artística ciertamente no tiene cabida dentro de ellos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barendt, Eric (1985) *Freedom of Speech*, Clarendon Press.
- Cea Egaña, José Luis (2004) *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- (2002) *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- (1996) "Teoría y Práctica de los Poderes de Crisis en América Latina", en *Los Estados de Excepción en Chile*, Colección Estudios N° 4 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- (1988), *Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales. Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile.
- Dworkin, Ronald (1985) *A Matter of Principle*, Oxford University Press.
- Figueroa, Rodolfo (2000) "Igualdad y Discriminación", en *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, 10 Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales.
- (2000) "De Por Qué no Debemos Prestar Tanta Atención al Argumento Genético en la Interpretación Constitucional", 45 *Revista de Ciencias Sociales*, 587.
- Grossman, Claudio (2003) "La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Justicia y Libertad de Prensa*, Sociedad Interamericana de Prensa.
- Hitters, Juan Carlos (1993) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR.
- Hopkins, David (2000) *After Modern Art 1945-2000*, Oxford University Press.
- Kommers, Donald P. (1989) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press.
- McGoldrick, Dominic (1994) *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- Mill, John Stuart (1991) *On Liberty In focus*, editado por John Gray and G. W. Smith, Routledge.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2002) *El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites (Honra y Vida Privada)*, LexisNexis.
- Nogueira Alcalá, Humberto, y Francisco Cumplido (2001) *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional*, Editorial Universidad de Talca.
- Núñez Poblete, Manuel A. (2002) "Titularidad y Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales", 63 *Revista de Derecho Público*, 200.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado.
- Raz, Joseph (1986) *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- Relator Especial para la Libertad de Expresión, Informe en <http://www.cidh.oas.org/Relatoria/Spanish/Informes.htm>
- Rubio Llorente, Francisco, et al. (1995) *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona: Ariel Derecho.
- Travieso, Juan Antonio (1996) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas y Fallos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Schwabe, Jürgen, compilador (2003) *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Marcela Anzola Gil, traductora, Konrad Adenauer Stiftung y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1997) *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile.
- Verdugo Marinkovic, Mario, Emilio Pfeffer Urquiaga, Humberto Nogueira Alcalá (1994) *Derecho Constitucional, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile.
- Vivanco Martínez, Ángela (1992) *Las Libertades de Opinión e Información*, Santiago: Editorial Andrés Bello.
- Waldron, Jeremy (1992) "Legislator' Intentions and Unintentional Legislation", in Andrei Marmor, ed., *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- Zapata Larraín, Patricio (2002) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General*, Santiago: Universidad Andrés Bello.

## Informes de Investigación publicados:

- Nº 1 La Modernización de la Justicia Militar, un Desafío Pendiente.  
Autor: JORGE MERA FIGUEROA
- Nº 2 Poder Judicial y Mercado: ¿Quién debe pagar por la justicia?  
Autores: JORGE CORREA S.  
CARLOS PEÑA G.  
JUAN ENRIQUE VARGAS V.
- Nº 3 Recursos Destinados a la Justicia en Chile: Análisis de su evolución y productividad.  
Autor: JUAN ENRIQUE VARGAS V.
- Nº 4 La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso.  
Autor: GASTÓN GÓMEZ
- Nº 5 Racionalización de la Posesión Efectiva.  
Autores: JORGE CORREA SUTIL  
ALEJANDRA AGUAD DEIK
- Nº 6 Problemas en Torno a la Reconfiguración del Ministerio Público en América Latina.  
Autor: MAURICIO DUCE
- Nº 7 Leyes de Desacato y Libertad de Expresión.  
Autor: FELIPE GONZÁLEZ
- Nº 8 Discriminación en Contra de la Mujer  
Autores: GASTÓN GÓMEZ  
RODOLFO FIGUEROA
- Nº 9 Prisión preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal  
Autor: CRISTIÁN RIEGO RAMÍREZ
- Nº 10 Los abogados en Chile: desde el Estado al Mercado  
Autor: IÑIGO DE LA MAZA G.
- Nº 11 La discapacidad frente a la necesidad de profundización democrática en los procesos electorales  
Autora: MARÍA SOLEDAD CISTERNAS REYES
- Nº 12 Discrecionalidad del ministerio público, calificación jurídica y control judicial  
Autor: JORGE MERA FIGUEROA
- Nº 13 "Tiene derecho a guardar silencio..." La jurisprudencia norteamericana sobre la declaración policial  
Autor: ANDRÉS BAYTELMAN A.

- Nº 14 Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile: una aproximación  
Autor: FELIPE GONZÁLEZ MORALES
- Nº 15 La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno  
Autor: JAIME COUSO
- Nº 16 Bases programáticas para la reforma integral del Derecho Penal Militar chileno  
Autor: JORGE MERA FIGUEROA
- Nº 17 Nuevo estándar de convicción  
Autor: CRISTIÁN RIEGO RAMÍREZ
- Nº 18 Mujeres y reproducción. ¿Del control a la autonomía?  
Autor: LIDIA CASAS B.

*Diseño e impresión:*  
Alfabetas Artes Gráficas  
Carmen 1985 - Fono Fax: 551 5657  
Santiago - Chile

