

# EL DERECHO A LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA EN LA CONSTITUCIÓN

*Tomás Vial Solar*<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo desarrollo los elementos que permiten caracterizar a la nueva garantía de la libertad artística contenida en el artículo 19, número 25, de la Constitución. Para ello explico 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 preparará el camino para el análisis del derecho constitucional a la libertad artística, que es el tema de toda la sección V.

## 2. 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 acertado suponer que los argumentos por la libertad artística están estrechamente relacionados con aquellos que se pueden dar en favor de la libertad de expresión, porque como se verá más adelante, desde un

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello e investigador asociado del Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

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 históricos, 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. Desarrollaré 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 vez 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 por permitir dejar fuera de la protección otorgada por el derecho a 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

---

<sup>2</sup> Traducción del autor.

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 en favor de la libertad de expresión es político, 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 podrían 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 como una consecuencia de la capacidad de autogobierno (Dahl, 1989).

A primera vista se podría pensar que esta justificación de la libertad de expresión no es muy aplicable al arte. Pero ello solo podría concluirse si se asume una estricta separación entre el arte y las otras esferas de la vida o si se tiene 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.

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?

Es más, con frecuencia el arte y los artistas poseen un intenso compromiso político. El caso de Neruda es a este respecto, paradigmático. Poemas 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. Como ha señalado Habermas (1996), lo político se relaciona y nutre de lo social, esfera que en las sociedades modernas constituye en un espacio de discusión informal, la esfera pública<sup>3</sup>. En ella la libertad de expresión constituye un elemento indispensable para su realización.

<sup>3</sup> El mismo Habermas describe el nacimiento de esta esfera pública con la ilustración, en *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Polity Press (1989).

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<sup>4</sup> 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 qué 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 humana 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 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

---

<sup>4</sup> Así, el profesor soviético Vladimir Kemenov, en su artículo “Aspectos de dos culturas” aparecido en el Boletín para la Sociedad para las relaciones Culturales con Países Extranjeros (Moscú, 1947) criticará el arte burgués (en el cual se agrupan todos los “ismos” del arte moderno) como por su “falsedad, su antirrealismo beligerante, su hostilidad al conocimiento objetivo y al verdadero reflejo de la vida”. Este antirrealismo aísla al arte moderno, lo que le impide constituirse en “auténtica creación artística”. En cambio, los “artistas soviéticos ofrecen el arte sano e integral del realismo socialista, expresado con profundas imágenes artísticas que reflejan la vida verdadera”. Tomado de Herschel B. Chipp, *Teorías del Arte Contemporáneo. Fuentes Artísticas y Opiniones Críticas*, Ediciones Akal (1995) pp. 521-528.

obra es negarlo posiblemente en lo más íntimo que posee o, al menos, en un aspecto esencial de su personalidad.

La conexión entre creación y artista queda patente en un fallo del Tribunal Constitucional alemán en el famoso caso *Mephisto* cuando este afirma 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 específico caso en que esté envuelta 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.

### 3. 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 las cuales esta última se puede manifestar.

De este modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no hace mención alguna a la libertad de creación artísti-

ca en su artículo 19, sobre libertad de opinión y expresión<sup>5</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 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>6</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

---

<sup>5</sup> El texto de este 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 de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

<sup>6</sup> Texto promulgatorio es el DS 326, publicado en el *Diario Oficial* el 27 de mayo de 1989.

- 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>7</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.

Luego, en su párrafo 3°, 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 derechos o a la reputación de los demás;
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

---

<sup>7</sup> Texto promulgatorio es el DS 778, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de abril de 1989.



En forma muy similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>8</sup>, en su artículo 13, párrafo 1° 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 2° 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 3° 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 otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

La única excepción a la prohibición de censura previa contenida en la Convención es la que dispone el párrafo 4°, al señalar que los espectáculos públicos pueden 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 del 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

---

<sup>8</sup> Texto promulgatorio es el DS 873, publicado en el *Diario Oficial* de 5 de enero de 1991.

apropiado para difundir pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”<sup>9</sup>, cosa que también expresó la Comisión Interamericana (Grossman, 2003). La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la OEA<sup>10</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>11</sup>.

Tal como lo cita el reciente informe (2002) del Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión<sup>12</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>13</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

---

<sup>9</sup> OC5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 31.

<sup>10</sup> En Nogueira (2002), pp. 350 y siguientes.

<sup>11</sup> 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*, N° 2, 383 (2001).

<sup>12</sup> Ver informes en <http://www.cidh.oas.org/Relatoria/Spanish/Informes.htm>

<sup>13</sup> 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.

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 de 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 confirmado 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 tratara 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 y de la jurisprudencia antes citados 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.

#### 4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 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 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.

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 presenta-

ción 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 situa-

ción 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 Ángela 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.). Asimismo, 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 los delitos que pudieran cometerse 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, planteando 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>14</sup>.

Por ejemplo, no parece razonable entender como la intención del legislador lo que señaló un solo miembro del Parlamento en una 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

---

<sup>14</sup> En las XXXIII Jornadas de Derecho Público, U. de Concepción, 7, 8 y 9 de noviembre de 2002, presenté una ponencia criticando ese uso, la que está publicada como "La Ilegitimidad de la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, número 212, julio-diciembre (2002). En la misma línea ver Zapata (2002) y Figueroa (2000).

las dos ramas del Congreso Nacional y el Presidente de la República y, por lo tanto, es el acuerdo en las intenciones de estos tres cuerpos, que se traduce en un texto común, lo que podría 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 las salas se deduce un acuerdo en este punto.

La segunda constatación es que si 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 efectuada 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, está 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 constituciona-

les 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.

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

### 1. 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, una nueva garantía en la Constitución. Si bien ella, como se argumentará, no es más que una manifestación de la libertad de expresión, es igualmente necesario 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 definir 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 que si se trata de un nuevo derecho no se le aplicará necesariamente el régimen constitucional anterior, sino que habrá que aclarar cuáles son las particulares condiciones de este derecho.

Al respecto, en un trabajo anterior<sup>15</sup> sostuve que la reforma había introducido un nuevo derecho en la Constitución, el que debía ser entendido en forma independiente de la libertad de opinión garantizada en el artículo 19, número 12. Las razones

---

<sup>15</sup> En "La Libertad de Creación Artística. Un nuevo Derecho Constitucional" Informe de Investigación n° 19 (junio 2004) Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Agradezco a los miembros del Centro de Investigaciones los comentarios sobre este punto, particularmente Rodolfo Figueroa y Marcelo Toro, los que me han obligado a modificar mi posición original.

para sostener esa posición eran, básicamente, la literalidad de la nueva garantía y razones de coherencia constitucional. En cuanto a la primera razón estimo ahora que ella no basta para establecer la autonomía de la libertad artística respecto de la libertad de expresión, pues universalmente esta se entiende como incorporando la segunda. Lo dicho no se negaba en el trabajo anterior, sino que se argumentaba que esa relación no impedía que el ordenamiento constitucional pudiera garantizar un mismo derecho en diversas cláusulas. Ello es sin duda correcto, como sucede, por ejemplo, con el derecho de propiedad contemplado en el artículo 19, número 24 y en la propiedad intelectual del numeral 25 del mismo artículo. Pero el efectuar una distinción basado principalmente en la existencia de cláusulas distintas rompía la sistematicidad y coherencia del texto constitucional, pues es cierto, más allá de la mera textualidad, que libertad de expresión y libertad artística están en una relación de género a especie.

La segunda razón aducida para la tesis de la separabilidad era de coherencia. Se fundaba en que el mismo artículo 19, número 25, sobre derecho a la propiedad intelectual, al hacer una mención explícita en su inciso final a las garantías contempladas al derecho de propiedad, daba pie para argumentar en que de no haberlo hecho, la propiedad intelectual no habría gozado de las mismas garantías que la Constitución entrega al derecho de propiedad. En el caso de la libertad artística, al no haber una referencia similar, esto implicaba que ella estaba exenta de la garantía de la libertad de prensa, al menos en forma explícita, pero también de sus cargas, dando pie para afirmar que era un derecho nuevo e independiente de la libertad de expresión.

Pues bien, las razones de coherencia no pueden solo fundarse en la mera ausencia o no de referencias explícitas, textuales, pues ellas son más profundas y tienen que ver con valores, principios y derechos contenidos en la Constitución. Y es más coherente con la idea de que la libertad de expresión abarca todas las formas de expresarse, algo que sin duda es pacífico en nuestro derecho constitucional, en el derecho constitucional comparado y en el derecho de los derechos humanos, el considerar a la libertad artística como una simple manifestación o explicitación de aquella, colocada en un ligar extraño si se quiere, que el pensar que esta es un derecho autónomo.

Por estas razones es que ahora considero a la garantía contemplada en el artículo 19, número 25, solo una manifestación, explicitación, de algo contenido de todas formas en la libertad de opinión e información del artículo 19, número 12. Ello no obsta a que sea necesario estudiar su particular régimen, en plena concordancia con la libertad madre. Una taxonomía de este 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 predicán 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

---

<sup>16</sup> El Profesor Mario Verdugo (1994) señala que comprende tanto a las personas naturales como jurídicas. Pero no da otra razón, implícitamente, que la cita a la sesión correspondiente de la Comisión Ortúzar (en concreto la sesión 156, p. 7), lo que por las razones afirmadas previamente, no constituye una justificación válida en nuestro derecho constitucional.

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

---

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

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 a control o restricción por parte de un tercero. Sin entrar a discurrir, 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 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 1°, 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 4°, 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.

Sin embargo, y como se argumentó previamente, la libertad artística es una manifestación de la libertad de opinión contemplada en el numeral 12. Y, en ella se establece la prohibición de censura previa. Por lo tanto, un análisis sistemático y relacionando ambas garantías, se debe concluir que la libertad artística también se beneficia de esa prohibición.

A lo anterior se suma el principio interpretativo pro derechos humanos emanado del artículo 5° 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 bene-

ficiadas por la prohibición absoluta a la censura contenida en ese precepto.

Pero la libertad que garantiza la Constitución no se puede limitar a la sola prohibición de la censura previa. Como acertadamente lo ha señalado el profesor Marcelo Solo<sup>18</sup> respecto a la libertad de expresión contenida en el artículo 19, número 12, si esta se entendiera como solo garantizando la prohibición de censura previa ello implicaría que la autoridad no tendría límite constitucional alguno a la imposición de sanciones a posteriori, con lo cual, por el efecto disuasivo de aquellas, la libertad de expresión simplemente desaparecería. Y, como ha argumentado, persuasivamente en mi opinión, el profesor norteamericano Ronald Dworkin (1989) un elemento esencial de la definición de un derecho es que este pueda servir como carta de triunfo, es decir, como una justificación que se imponga, frente a consideraciones de utilidad o conveniencia pública determinadas tanto por el legislador o la administración.

Por lo tanto, la libertad de creación artística, para ser tal, debe implicar que los artistas desarrollen su labor creativa sin el temor de que serán sancionados, o sujetos a limitaciones o restricciones que hagan imposible el llevar a cabo su labor creadora. Lo anterior no significa, al igual que en el caso de la libertad de expresión, que la labor artística no pueda estar sujeta a responsabilidades o límites. Solo que ellos deben ser fruto de una ponderación entre los valores que justifican la libertad artística y otros valores y derechos constitucionales. Una vez hecha esa ponderación, en el caso de legislador o del juez, es posible, imponer límites o sanciones. Lo que descarta de plano la idea de libertad es que la intervención del Estado en la creación artística no requiera justificación alguna o una muy débil.

Sin embargo, el estudio de esas limitaciones, que nos lleva inevitablemente al análisis de la relación entre la libertad de creación artística y otros valores y derechos constitucionales, tales como los conceptos de orden público, y el derecho al honor, no serán abordados en esta ocasión.

---

<sup>18</sup> Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Su tesis está contenida en un trabajo no publicado aún presentado en el Centro de Investigaciones Jurídicas de dicha facultad en el año 2004.



## 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>19</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).

---

<sup>19</sup> Ver en <http://www.billviola.com>

Este punto de vista presenta un obvio problema al aplicador del derecho, y en particular 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 mirar 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>20</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 señaló 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>21</sup> (Kommers, 1989, p. 435).

---

<sup>20</sup> 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 Höf-ten, quien se desdice de sus convicciones para realizar una carrera artística. El personaje de la novela está modelado en la figura de Gustav Gründgens.

<sup>21</sup> Traducción del autor.

## 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. Al punto que, 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. 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 del ‘trabajo’ y del ‘efecto’ de la creación artística. Ambos ámbitos constituyen una unidad indisoluble<sup>22</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).

---

<sup>22</sup> 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 garantiza 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.

Las formas en que se puede dar la difusión de la obra de arte deben 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.

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 el numeral 2 de ese mismo artículo determina 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 cultura.

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 Constitución 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 5º, 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>23</sup> sino que además el texto constitucional im-

---

<sup>23</sup> 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 socioeconómicos es algo engañosa, pues todos ellos exigen el despliegue de una acción administrativa y presupuestaria.

pone 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 tríplico 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 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. Por lo tanto, 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>24</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, Pérez Royo 2003, p. 588). 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 Consti-

---

<sup>24</sup> La edición de la obra de Peces-Barba que cita Nogueira es la de 1995. La citada por mí es la de 1999.



tución 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, cuales son, el criterio de reconocibilidad y el criterio de los intereses jurídicamente protegidos (Pérez Royo, 2003, 589).

La STC11/1981, FJ 8º, definirá estos criterios. Por el primero 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 jurisprudencia, respecto a libertad de creación artística se puede argumentar que el contenido esencial deber estar 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, ni a sanciones a posteriori injustificadas que equivalgan, por su efecto inhibitorio, a la existencia de censura. Sin esta libertad fundamental no se puede concebir la existencia o justificación de esta garantía constitucional o ella se ve gravemente desfigurada.

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 derechos 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 (p. 593).

Me detendré solo en la idea de dignidad humana como límite general 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 recordó 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>25</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 expresión 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>26</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 señaló que “De otra

---

<sup>25</sup> Ver nota 22.

<sup>26</sup> 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.

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>27</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 suficiente seguridad 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>28</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>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Es decir la libertad de creación artística.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Traducción del autor.

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 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 cardinal 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>30</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 Cea no 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 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).

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

<sup>30</sup> *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías*, Ediciones universidad Católica de Chile (2004).

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 poseen 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 respeto y protección, para, a renglón seguido, en el párrafo 2 de ese artículo, 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 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>31</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 cen-

---

<sup>31</sup> 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.

tral, 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 1°, 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>32</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 1° 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 posee autonomía respecto de los derechos.

---

<sup>32</sup> Al respecto, las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, en 1994, estuvieron dedicadas justamente a este punto. Ver edición EDEVAL (1995).

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 es aquí 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.

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.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARENDT, Eric (1985) *Freedom of Speech*, Clarendon Press.
- CHIPP, Herschel B. (1995) *Teorías del Arte Contemporáneo. Fuentes Artísticas y Opiniones Críticas*, Ediciones Akal.
- 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.
- DAHL, Robert A. (1989) *Democracy and Its Critics*, Yale University Press.



- DWORKIN, Ronald (1989) *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel (2° ed.)
- (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.
- HABERMAS, Jürgen (1996) *Between Facts and Norms*, Polity Press.
- (1989) *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Polity Press (Reprinted 1999).
- 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.
- PÉREZ ROYO, Javier (2003) *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons (9° ed.)
- 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, IV*, 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.