

# La libertad de expresión y de creación artística

Tratamiento convencional y constitucional

## Autores

Pedro S. Guerra A.

[pguerra@bcn.cl](mailto:pguerra@bcn.cl)

(56) 32 226 3903

Jaime Rojas C.

[jrojas@bcn.cl](mailto:jrojas@bcn.cl)

Paola Truffello G.

[ptruffello@bcn.cl](mailto:ptruffello@bcn.cl)

## Resumen

El derecho a la libertad de expresión y de creación artística está reconocido en diversos instrumentos de protección de los derechos humanos. Comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento que su titular elija. Su ejercicio no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores, las que: (a) deben estar establecidas por ley, y (b) ser necesarias para el respeto de los derechos o reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la mora públicas. Tratándose del acceso de niños y niñas a los espectáculos públicos, se autoriza la censura previa fijada por ley, con el fin exclusivo de la protección moral de la infancia y la adolescencia.

La Constitución Política de Chile asegura a todas las personas la libertad de expresión sin censura previa, debiendo responder por los delitos y abusos que se comentan en su ejercicio, según lo establezca una ley de quórum calificado. Es un derecho fundamental base del Estado democrático, presente en numerosas constituciones políticas del mundo, que tiene antecedentes en los primeros textos constitucionales chilenos.

El Tribunal Constitucional ha precisado como núcleo esencial de esta libertad, el que pueda ejercerse sin censura previa, por lo que el legislador no podría establecer un sistema de censura previa sin afectar su esencia. Entre los límites que la pueden restringir se identifican el derecho de aclaración y rectificación, el derecho a la honra y, el derecho a la intimidad y vida privada.

Respecto al derecho a la libre creación artística, consagrado también a nivel constitucional, aparece como una libertad derivada de la de expresión, pero que posee un contenido específico. Se trata de una construcción normativa nueva, que no fue contemplada por el constituyente y cuyo delineamiento ha sido producto de la conflictividad que enfrentó Chile en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como “La última tentación de Cristo”, fallado en 2001.

El ejercicio de ambas libertades se encuentra garantizado por la acción de protección, establecida en el artículo 20 de la Constitución Política.

## Comisión

Elaborado para la Comisión de Familia de la Cámara de Diputadas y Diputados, en el marco de la discusión del proyecto de ley que prohíbe el desarrollo de actividades o espectáculos que promuevan, fomenten o celebren manifestaciones culturales asociadas al narcotráfico, la explotación sexual, la pornografía infantil o el consumo de drogas ilícitas (Boletín N° 16.645-18)

N° SUP: 141272

## Tabla de contenido

Introducción .....	2
I. Instrumentos internacionales aplicables .....	3
1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	3
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	6
II. Marco constitucional chileno.....	10
1. La libertad de expresión como garantía constitucional.....	10
2. La creación artística y cultural como garantía constitucional.....	16

## Introducción

---

A solicitud de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputadas y Diputados, mediante Oficio N° 136 de 05 de abril de 2024, este documento aborda el problema de la libertad de expresión en relación con la creación artística y cultural en tanto derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos y garantizados en la Constitución Política de la República (CPR), así como los posibles conflictos que pueden observarse a propósito de su eventual colisión con otros derechos constitucionales. El documento se elabora en el marco de la discusión del proyecto de ley que prohíbe el desarrollo de actividades o espectáculos que promuevan, fomenten o celebren manifestaciones culturales asociadas al narcotráfico, la explotación sexual, la pornografía infantil o el consumo de drogas ilícitas (Boletín N° 16.645-18<sup>1</sup>), actualmente en primer trámite constitucional en la Comisión de la Familia de la Cámara de Diputadas y Diputados. Este proyecto busca prohibir el desarrollo de actividades y la difusión de obras musicales que promuevan la narco cultura, la explotación sexual, la pornografía infantil y el consumo de drogas, disponiendo, al efecto, de un tipo penal específico.

De este modo, una primera parte ofrece un análisis de los derechos de libertad de expresión y de creación artística desde los instrumentos internacionales aplicables en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, con especial énfasis en las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una segunda parte investiga el marco normativo que el derecho constitucional chileno ofrece para la libertad de expresión y la de creación artística, explorando las dimensiones que la jurisprudencia constitucional le ha asignado a esos derechos.

Los destacados son nuestros.

---

<sup>1</sup> Con posterioridad a la solicitud recibida de la citada Comisión, el proyecto de ley fue refundido con el Boletín N° 16.590-24.

## I. Instrumentos internacionales aplicables

---

Desde la más temprana codificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la libertad de expresión es reconocida como un derecho en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) al declarar que: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”*

El mismo derecho se encuentra reconocido en el artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH): *“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”*

Años más tarde, la libertad de expresión es reconocida como derecho fundamental en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>2</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup> (CADH)<sup>4</sup>.

A continuación, se analiza el reconocimiento de la libertad de expresión en el PIDCP y en la CADH, en cuanto forma parte de los derechos que, por mandato del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, el Estado debe respetar y promover<sup>5</sup>.

### 1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

#### a) Reconocimiento de la libertad de expresión

El artículo 19.2 del PIDCP, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, y establece como contenido del derecho: *“la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras”,* derecho que puede ser ejercido *“oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”*

El Comité de Derechos Humanos<sup>6</sup>, refiriéndose a la libertad de opinión y de expresión, afirma que estos constituyen *“condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas”* (párr. 2).

<sup>2</sup> Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

<sup>3</sup> Ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990.

<sup>4</sup> La libertad de expresión está reconocida también en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), y en artículo 9 de la Carta Africana sobre derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), reconocimiento que releva su importancia en los sistemas de protección de los derechos humanos.

<sup>5</sup> No obstante que este documento aborda la libertad de expresión en el PIDCP y la CADH, otros tratados hacen referencia a este derecho, por ejemplo, la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la Unesco.

<sup>6</sup> El Comité de Derechos Humanos (CCPR por su sigla en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados parte del mismo (art. 28).

Agrega el Comité que el artículo 19.2 del Pacto “*protege todas las formas de expresión y los medios para su difusión*. Estas formas comprenden la palabra oral y escrita y el lenguaje de signos, y expresiones no verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos”.

La libertad de expresión, según dispone el artículo 19.3 del PIDCP, impone “deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones”. Sin embargo, el mismo número dispone que estas restricciones excepcionales deben cumplir con los requisitos de: (i) *estar expresamente fijadas por la ley*; y (ii) *ser necesarias* para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Sobre estas restricciones el Comité señala que si “*un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho*. El Comité recuerda que la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse” (párr. 21), es decir, la excepción no debe pasar a ser la regla general.

Asimismo, el Comité advierte que si se permiten restricciones por motivos que no están establecidos en el artículo 19.3 del Pacto, éstos sólo se podrán aplicar para los fines establecidos y deben estar directamente relacionadas con la necesidad específica de que dependen (párr. 22).

El artículo 20 del Pacto, por otra parte, establece deberes para los Estados parte relacionados con la prohibición por ley de (a) la propaganda de la guerra y de (b) la apología del odio nación, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

## **b) Libertades de expresión y artística**

El contenido de la libertad de expresión incluye la expresión oral, escrita o impresa, en forma artística o por cualquier otro medio (art. 19.2 del PIDCP). Sobre este particular el CDH señala que la libertad artística existe dentro de un marco de derechos interconectados, que incluye la privacidad, la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y creencias, la asociación y la reunión, y la participación en la vida cultural<sup>7</sup>. Agrega el Comité que el “espectro de la expresión artística es amplio y dinámico, en constante cambio y expansión, y no puede limitarse mediante algún tipo de definición transaccional.

Además, el artículo 19 del PIDCP protege los medios expresivos y, en el contexto del arte, se refiere a “la forma del arte”.<sup>8</sup> La expresión artística involucra también a los responsables de la promoción,

---

<sup>7</sup> CCPR, 2020: párr. 5.

<sup>8</sup> CCPR, 2020: párr. 6.

distribución, venta, financiación y otras funciones que constituyen la difusión del arte<sup>9</sup>, indispensables para llegar a las audiencias<sup>10</sup>.

Del mismo modo, cabe tener presente que el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho de todas las personas a “participar en la *vida cultural*” y a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Asimismo, en el marco del Pacto, los Estados Parte “se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”<sup>11</sup>.

Para la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales<sup>12</sup>, los y las artistas a través de sus expresiones y creaciones cuestionan, entre otros, “las visiones del mundo, las relaciones de poder, la naturaleza humana y los tabúes, con lo que provocan respuestas tanto emocionales como intelectuales”<sup>13</sup>. Agrega que es difícil demostrar las suposiciones sobre el mensaje transmitido por una obra de arte, y que las interpretaciones sobre ella no tienen necesariamente que coincidir con el significado propuesto por el autor o autora<sup>14</sup>.

Refiriéndose a la censura previa en general, la Relatora Especial señala que esta “debe ser una medida excepcional, adoptada únicamente para evitar un daño grave irreparable a la vida o a la propiedad cuando estas se ven amenazadas de manera inminente.”<sup>15</sup> La existencia de un sistema que exija una autorización oficial del contenido antes de ser público, sería inaceptable, puesto que el daño que podría causar afectar la libertad de expresión y creación artística, superaría a los beneficios, pudiéndose alcanzar el objetivo de proteger a niños y jóvenes por medio de un procedimiento de catalogación y clasificación<sup>16</sup>.

La Relatora Especial, por otra parte, señala que “las restricciones a las libertades artísticas reflejan el deseo de promover una visión del mundo o una perspectiva bloqueando al mismo tiempo todas las

---

<sup>9</sup> La “Recomendación relativa a la condición del artista”, de la Unesco reconoce que es “necesario y conveniente que los gobiernos contribuyan a crear y a mantener no sólo un clima propicio a la libertad de expresión artística, sino también las condiciones materiales que faciliten la manifestación de este talento creador”. Asimismo, señala que “Dado que la *libertad de expresión y comunicación es la condición esencial de toda actividad artística*, los Estados Miembros deberían procurar que los artistas gocen sin equívoco de la protección prevista en la materia por la legislación internacional y nacional relativa a los derechos humanos.” (UNESCO, 1980: párr. 6).

<sup>10</sup> CCPR, 2020: párr. 22.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, la Convención de la Unesco sobre Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, reconoce que “Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales” (art. 2. 1), entiendo que estas últimas “son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural” (art. 4.3).

<sup>12</sup> La figura del Relator Especial forma parte de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU: 2024: 12).

<sup>13</sup> AGNU, 2013, párr. 35.

<sup>14</sup> AGNU, 2013, párr. 37.

<sup>15</sup> AGNU, 2013, párr. 61.

<sup>16</sup> AGNU, 2013, párr. 61.

demás”<sup>17</sup>. Así, por ejemplo, determinados estilos de música o artes visuales se consideran políticos y/o portadores de una ideología extranjera, y que carecen de todo valor artístico, lo que ha conducido a la prohibición o restricción del arte abstracto o conceptual. En esta categoría “figuran sistemas o estilos musicales como la música *heavy metal* (calificada de “satánica”) o el reguetón y el *dancehall* (criticadas por considerarse degradantes de la mujer)”<sup>18</sup>.

El PIDCP, en relación con la restricción de la libertad de expresión, establece en el artículo 5.1 que ninguna de sus disposiciones:

“podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.”

## 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana reconoce el derecho de pensamiento y expresión en su artículo 13. Presenta similitudes con lo dispuesto en el PIDCP, pero autoriza, como se verá, la censura previa respecto del acceso a los espectáculos públicos con el único fin de proteger a la infancia y adolescencia.

### a) Libertad de pensamiento y expresión

El artículo 13 de la CADH reconoce conjuntamente las libertades de pensamiento y expresión, las que comprenden “*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 otro procedimiento de su elección*” (art. 13.1). Refiriéndose a este punto la Corte IDH, opina “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”<sup>19</sup>.

Bajo la Convención Americana, según señala la Corte IDH, “la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”<sup>20</sup>. En consecuencia, estas libertades poseen una dimensión individual y otra social. Ambas “poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> AGNU, 2013, párr. 36.

<sup>18</sup> AGNU, 2013, párr. 52.

<sup>19</sup> Corte IDH, 1985: párr. 30.

<sup>20</sup> Corte IDH, 1985: párr. 31.

<sup>21</sup> Corte IDH, 2001: párr. 67.

En su dimensión individual la libertad de expresión comprende no solo el derecho de hablar y escribir, sino además “el derecho a *utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios*”<sup>22</sup>, mientras que en su dimensión social constituye un medio para intercambiar informaciones e ideas y la comunicación masiva entre las personas, así como el “derecho a *tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias*”<sup>23</sup>.

En resumen, la libertad de expresión requiere la libre emisión por parte del sujeto emisor, así como la libre recepción del sujeto destinatario, sea este individual, colectivo, determinado o indeterminado<sup>24</sup>.

### **b) Libertad de expresión artística**

El artículo 13.1 de la CADH reconoce el derecho de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado parte, entre otros derechos, el de difundir informaciones e ideas oralmente, impresa o artística. Esta última, en cuanto es “un instrumento para transmitir un mensaje que refleja las ideas o sentimientos del autor, la expresión artística también constituye una forma de expresión protegida”<sup>25</sup>.

En el marco de la Convención Americana las opiniones, informaciones o ideas pueden ser divulgadas por cualquier medio de expresión. Los términos amplios con que el legislador convencional reconoce este derecho, permite “abarcarse toda forma de expresión verbal, oral o escrita, al igual que otras formas de expresión, ya sean artísticas o simbólicas”<sup>26</sup>.

El Protocolo de San Salvador<sup>27</sup>, a diferencia del PIDESC, se refiere expresamente al derecho de toda persona a participar en la vida artística de la comunidad. Además, reconoce el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses – morales y materiales – que les corresponda en razón de las producciones literarias o artísticas, así como el deber del Estado de respetar la libertad indispensable para la actividad creadora (art. 14.1a y c), 14.3).

### **c) Restricciones a la libertad de expresión**

A diferencia del PIDCP, la Convención Americana emplea expresamente en su texto la expresión “censura previa”, que puede ser entendida como el control, examen o permiso al que se somete un texto o una expresión artística con anterioridad a ser comunicada al público<sup>28</sup>. El texto del tratado dispone que la libertad de expresión:

“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 derechos o a la

<sup>22</sup> Corte IDH, 1985: párr. 31, y 2001: párr. 65.

<sup>23</sup> Corte IDH, 2001: párr. 66.

<sup>24</sup> Nogueira, 2007: 81.

<sup>25</sup> Faúndez, 2004: 188.

<sup>26</sup> Faúndez, 2004: 191.

<sup>27</sup> Ratificado por Chile el 23 de marzo de 2022.

<sup>28</sup> Nogueira, 2007: 3.

reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (art. 13.1).

### c.1. La censura previa

La Convención establece como una regla excepcional que “[l]os 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 la adolescencia*, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2” (art. 13.4).<sup>29</sup>

Para la Corte IDH la excepción contenida en el artículo 13.4 procede “*únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia*. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.”<sup>30</sup>

La Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, al referirse a esta norma, afirma que “cabe entender por censura únicamente *‘la regulación del acceso’ de los niños y adolescentes, y exclusivamente en la esfera de los espectáculos públicos*. Las normas pueden adoptar diversas formas, y es importante que los Estados opten siempre por la medida menos restrictiva posible.”<sup>31, 32</sup>

La Comisión Interamericana entiende el mecanismo contenido en el artículo 13.4 de la Convención “como un mecanismo de regulación o clasificación de los espectáculos delimitados al acceso a los contenidos, *más no como una prohibición absoluta de emitir contenidos que puedan afectar la infancia*.”<sup>33</sup>

Por otra parte, la Comisión entiende que el acceso de la infancia a un contenido potencialmente perjudicial “no debe ser prevenido mediante mecanismos de censura previa o prohibiciones generales para toda la población”<sup>34</sup>. Mecanismos, tales como clasificación indicativa y franjas horarias para emitir

<sup>29</sup> El artículo 13.1 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) reconoce que: “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.” La CDN fue ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990.

<sup>30</sup> Corte IDH, 2001: párr. 70.

<sup>31</sup> AGNU, 2013, párr. 58.

<sup>32</sup> Cabe tener presente que en Chile, la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, reconoce la libertad de expresión y comunicación de los NNA en su artículo 29 en los siguientes términos: “Libertad de expresión y comunicación. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar y difundir libremente sus opiniones, sin censura previa, a través de cualquier medio, con las restricciones establecidas en la Constitución y las leyes. Cuando se encuentren impedidos de expresarlas por sí mismos podrán hacerlo mediante sus representantes legales o la persona que designen para tal efecto. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información en cualquier medio, adecuada a su edad, madurez y grado de desarrollo, especialmente contenida en soportes digitales, que les permita actuar en estos medios de un modo seguro y responsable. Lo anterior, sin perjuicio de la supervisión que de ello puedan hacer sus padres y/o madres o quien tenga a cargo su cuidado (...)”.

<sup>33</sup> Corte IDH, 2019, párr. 26.

<sup>34</sup> Corte IDH, 2019, párr. 52.

ciertos contenidos, establecidos por la ley, así como el control parental por medio de tecnologías, son recomendados para la protección de la infancia<sup>35</sup>, afirmación que refuerza la excepcionalidad de la censura previa.

Además, debe tenerse presente en esta materia el deber de protección de los niños, niñas y adolescentes que señala la CADH expresamente en su artículo 19 al disponer que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte *de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

## c.2. Restricciones a la libertad de expresión

Según lo dicho, el abuso de la libertad de expresión sería fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido, pero no puede ser objeto de control preventivo. Para establecer válidamente esta responsabilidad, es necesario que se reúnan varios requisitos para cumplir con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la CADH, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley<sup>36</sup>,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.<sup>37</sup>

En este mismo sentido, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a diferencia del artículo 13 de la CADH, establece que las restricciones a la libertad de expresión deben ser “*medidas necesarias, en una sociedad democrática*”, aspecto que se encuentra implícito en la Convención. El artículo 13, que en parte sigue al artículo 19 del PIDCP “contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.”<sup>38</sup> Además, el Convenio Europeo, hace expresa referencia a que las restricciones pueden tener por objeto, entre otros, la prevención del delito, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial (art. 10 CEDH).

La Convención Americana, por otra parte, establece que “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos” (art. 13.3). Aunque la Convención ofrece ejemplos, señala que este derecho no puede verse restringido por cualquier medio encaminado a “a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (art. 13.3).

<sup>35</sup> Corte IDH, 2019, párr. 52.

<sup>36</sup> La Corte IDH se pronuncia respecto al expresión “leyes” al analizar la disposición del artículo 30 de la Convención que exige que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, y señala que leyes “significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.” Corte IDH, 1986, párr. 38.

<sup>37</sup> Corte IDH, 1985: párr. 39.

<sup>38</sup> Corte IDH, 1985, párr. 45.

La Corte IDH distingue supresiones “radicales” y “no radicales” del derecho a la libertad de expresión<sup>39</sup>. Las primeras existen cuando, por parte del poder estatal, se fijan medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos de este caso, entre otros, son la censura previa y todos aquellos procedimientos que condicionan este derecho al control gubernamental<sup>40</sup>. Las segundas, que también resultan contrarias a la libertad de expresión, corresponden a “todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención”<sup>41</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, pone énfasis en que deben estar prohibidas por ley “[l]a censura previa, [la] interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico”<sup>42</sup>, ya que la libertad de expresión “en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.”<sup>43</sup>.

Finalmente, el artículo 13.5 de la Convención, establece el deber del Estado de prohibir por ley “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”.

## II. Marco constitucional chileno

---

El marco constitucional para la libertad de expresión y de creación y difusión de las artes está conformado por los artículos 19, numerales 12 y 25, respectivamente, de la Constitución Política de la República. Si bien se trata de numerales distintos y alejados el uno del otro en la arquitectura de los derechos del artículo 19, estas dos normas se comprenden e interpretan de manera conjunta, aunque como se verá más adelante, en la historia del establecimiento de la norma, existió un debate sobre la ubicación y autonomía de la norma. A continuación, se ofrece un análisis de cada una de estas libertades y de las particularidades que ofrecen.

### 1. La libertad de expresión como garantía constitucional

La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales clásicos, de primera generación, base del Estado democrático<sup>44</sup>. Tiene antecedentes en los primeros textos constitucionales chilenos y es recogido en la Constitución Política, en su artículo 19 N° 12 y, como se señaló, en tratados internacionales de derechos humanos, como el PIDCP (art. 19) y la CADH (art. 13)<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Bertoni, Salazar y Zelada, 2019: 411.

<sup>40</sup> Corte IDH, 1985: párr. 54.

<sup>41</sup> Corte IDH, 1985: párr. 55.

<sup>42</sup> Corte IDH, 2000, principio 5.

<sup>43</sup> Corte IDH, 2000, principio 1.

<sup>44</sup> García y Contreras, 2014;620.

<sup>45</sup> García y Contreras, 2014;620.

El artículo 19, N° 12, inciso 1° de la CPR asegura a todas las personas la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa, pero debiendo responder por los delitos y abusos que se comentan en su ejercicio, según lo establezca una ley de quórum calificado. Junto a ello, el citado artículo también consagra: el derecho fundamental a la libertad de prensa (art. 19 N° 12 inc. 4); los derechos de declaración y rectificación (art. 19 N° 12 inc. 3); la prohibición del monopolio estatal sobre medios de comunicación (art. 19 N° 12 inc.2); la autorización para operar estaciones televisivas (art. 19 N° 12 inc. 5); el establecimiento del Consejo Nacional de Televisión (art. 19 N° 12 inc. 6) y; de manera indirecta, el Consejo de Calificación Cinematográfica (art. 19 N° 12 inc.7)<sup>46</sup>.

Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

12.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica;

La libertad de expresión se mantiene en los mismos términos establecidos en el N° 12 del artículo 19 del texto original de la CPR, salvo sus incisos 6 y final -referidos al Consejo Nacional de Televisión y de Calificación Cinematográfica- que fueron modificados por las leyes de reforma constitucional N° 18.825

<sup>46</sup> Charney y Marschall, 2020:474.

y N° 19.742<sup>47</sup>, que como se verá, en lo esencial significó la eliminación del sistema de censura previa de la producción cinematográfica.

A nivel legal, el ejercicio de la libertad de expresión se desarrolla en diversos cuerpos legales, entre ellos, la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (denominada también como Ley de Prensa), que reconoce como derecho fundamental de las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, y dispone que su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones; buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley (art. 1)<sup>48</sup>. Se relacionan también con la norma constitucional en estudio: la Ley N° 18.168 sobre Telecomunicaciones; la Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión; la Ley N° 19.846 sobre Calificación Cinematográfica; la Ley N° 20.750 que permite la introducción de la televisión digital terrestre; la Ley N° 20.433 que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana; la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública y; la Ley N° 20.453 que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet, entre otras.

### a) Caracterización del derecho

El Tribunal Constitucional (TC) reconoce una relación directa entre libertad de expresión y democracia, así como el vínculo que existe entre dicha libertad y la búsqueda de la verdad<sup>49</sup>. Al respecto, el TC ha señalado que “el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada”<sup>50</sup> (STC 567, cc. 31 a 32). En el mismo sentido, en la doctrina, Silva Bascuñán la destaca como una de las libertades que con más fuerza y eficacia debe ser respetada en un régimen democrático, pues permite a los gobernados manifestar en todo momento su aprobación o disenso al ejercicio del poder<sup>51</sup>.

La relevancia de la libertad de expresión se observa también en los tres fundamentos que García y Contreras le destacan<sup>52</sup>: (1) el fundamento democrático, pues “permite la crítica política de los gobernantes y habilita el control y la rendición de cuentas de su tarea, cuestión fundamental para la adopción de decisiones informadas en procesos electorales”<sup>53</sup>, lo que explica su posición preferente cuando colisiona con otros derechos o bienes constitucionales<sup>54</sup>; (2) el fundamento de la búsqueda de la verdad, en tanto permite a las personas contrastar ideas para determinar su veracidad o corrección y promueve la tolerancia y pluralismo de ideas; (3) el fundamento de permitir “el libre desarrollo de la personalidad y habilitar la agencia moral de los individuos”, en tanto permite la autorrealización de la persona al habilitar la libre difusión de sus ideas y opiniones.

<sup>47</sup> Como se verá, el año 1989 la Ley N° 18.825 modificó los incisos 6 y final del numeral 12 del artículo 19, mientras que la Ley N° 19.742 del año 2001, modificó nuevamente el inciso final, otorgando su redacción actual.

<sup>48</sup> Silva Bascuñán 1997:278.

<sup>49</sup> García y Contreras, 2014 623.

<sup>50</sup> Tribunal Constitucional, 2015:236. STC 567, cc. 31 y 32.

<sup>51</sup> Silva Bascuñán 1997:278.

<sup>52</sup> García y Contreras, 2014 622.

<sup>53</sup> Chemerinsky, en García y Contreras, 2014 622.

<sup>54</sup> DíezPicazo, en García y Contreras, 2014 622.

Por su parte, en la doctrina se distinguen dos dimensiones de la libertad de expresión, las que comprenden la consagración de dos derechos diferentes: el derecho a la libre expresión en sentido estricto y el derecho a la información. Para determinar el ámbito de protección de estas dos dimensiones se siguen distintos criterios. Uno de ellos radica en la naturaleza del contenido de la comunicación, de manera que, se trataría de información cuando se refiere a hechos empíricamente constatables, como las comunicaciones noticiosas, y de expresión cuando se trate de “ideas, opiniones, expresiones artísticas, o manifestaciones culturales o auto expresivas”<sup>55 56</sup>. Otro criterio distingue el objetivo que persigue la comunicación: la libertad de informar persigue comunicar hechos exteriores de la realidad social, mientras que la expresión busca poner en conocimiento de terceros información referida al estado de cosas internos del individuo o grupo que las comunica<sup>57</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional distingue dos ámbitos de la libertad de expresión: la individual, que identifica con el derecho a hablar, escribir o usar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y; la social, referida al derecho a tratar de comunicar a otros los puntos de vista personales, así como el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias (STC 1849, c. 22)<sup>58</sup>.

El ejercicio de la libertad de expresión se encuentra garantizado por la acción de protección establecida en el artículo 20 de la CPR, que procede frente a la perturbación, privación o amenaza de la misma.

#### **b) Núcleo esencial de la libertad de expresión: Prohibición de censura previa**

Como advierte Nogueira<sup>59</sup>, en algunos casos la CPR establece el alcance previsto y precisado de manera definitiva de los derechos fundamentales, determinando su contenido y contornos, mientras que en otros, autoriza al legislador a regularlos, sin afectar su contenido esencial. Así, en los casos en que la CPR facultad al legislador a regular el ejercicio de determinados derechos fundamentales, no puede afectar el contenido esencial de los mismos.

La CPR en su artículo 19 N° 26 dispone que las leyes que regulen, complementen o limiten (en los casos que ello se autorice por la CPR) no deben afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que no permitan su libre ejercicio.

Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas

N° 26: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

<sup>55</sup> Charney y Marschall, 2020:475.

<sup>56</sup> La importancia de esta distinción radica en la aplicación de la excepción de verdad o *exceptio veritatis*, como causal de exclusión de la pena en los delitos de injuria y calumnia. García y Contreras 2014:624.

<sup>57</sup> Charney y Marschall, 2020:476.

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional, 2015:238.

<sup>59</sup> Nogueira, 2005.

El contenido esencial de un derecho constituye un concepto jurídico indeterminado que, señala Nogueira, debe determinarse para cada derecho específico y, en última instancia debe ser especificado por el Tribunal Constitucional, como intérprete final de la Constitución<sup>60</sup>.

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que un derecho se afecta en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible” y, que se impide su libre ejercicio, en los casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica (STC 43, c. 21 y, en el mismo sentido, STC 200, c. 4, STC 226, c. 38, STC 280, cc. 13 y 29, STC 541, c. 14, STC 1046, c. 23, STC 1345, c. 10, STC 2381, c. 39, STC 2475, c. 20, STC 2643, c. 18, STC 2644, c. 18)<sup>61</sup>.

En el caso de la libertad de expresión, la norma constitucional, en conformidad con los tratados internacionales, precisa como parte de su contenido y contorno su ejercicio sin censura previa<sup>62</sup>, estableciendo con ello un sistema represivo. Ello constituiría un límite de la CPR al legislador, pues éste no podría disponer un sistema de censura previa, sin afectar la esencia de la libertad de expresión, y con ello, transgredir lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la CPR.

Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, al señalar que el núcleo o contenido esencial de la libertad de expresión, que incluye el derecho a emitir opinión y la libertad de informar, consiste en que se pueda ejercer sin censura previa, lo que implica una responsabilidad para quien la ejerce<sup>63</sup>.

Esta configuración de la libertad de expresión, en la que se prohíbe la censura previa y se establece el principio de responsabilidad para quien la ejerce, se observa en numerosas constituciones del mundo<sup>64</sup>, como por ejemplo, en Alemania<sup>65</sup>, Colombia<sup>66</sup>, España<sup>67</sup>, México<sup>68</sup>, Portugal<sup>69</sup>, Uruguay<sup>70</sup>.

### **c) Eliminación del sistema de censura cinematográfica de la Constitución Política**

La redacción actual del inciso final del artículo 19 N°12 fue introducida el año 2001 por la Ley N° 19.742. En su versión original, la norma mandataba a la ley a establecer un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”, así como, las normas generales aplicables a “la expresión pública de otras actividades artísticas”.

Como se verá en el desarrollo de la libertad de creación artística y cultural de este documento, uno de los objetivos del Mensaje que dio origen a la Ley N° 19.742 fue reformar la citada disposición como respuesta a la condena impuesta a Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el año 2001, con motivo del caso de la película “La Última Tentación de Cristo”.

<sup>60</sup> Nogueira 2005.

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional, 2015:349.

<sup>62</sup> Nogueira, 2005.

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional, 2015:236. STC 226, c. 9.

<sup>64</sup> Ver en BCN (2021), Comparador de Constituciones del Mundo.

<sup>65</sup> Artículo 5.

<sup>66</sup> Artículo 20.

<sup>67</sup> Artículo 20.

<sup>68</sup> Artículo 7.

<sup>69</sup> Artículo 37.

<sup>70</sup> Artículo 29.

#### d) Limitación a la libertad de expresión

Si bien la norma constitucional prohíbe la censura previa respecto de las libertades de emitir opinión e informar, su ejercicio no es ilimitado, las personas deben responder “de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado” (art. 19 N° 12, inc. 1°).

Además de los límites que restringen al conjunto general de las libertades y derechos, tales como la dignidad humana, el orden público, entre muchos otros<sup>71</sup>, se establecen también otros, tanto en normas constitucionales como legales, entre ellos: el derecho de aclaración y rectificación, el derecho a la honra y, el derecho a la intimidad y vida privada.

El artículo 19 N°12 inciso 3° de la CPR establece el derecho de aclaración y rectificación, también denominado derecho a respuesta o a réplica, como una garantía de reacción por la persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por un medio de comunicación social. Se encuentra legalmente regulado en el Título IV de la Ley N° 19.733 de Prensa y confiere la posibilidad de “responder al ataque, corregir o dar otra versión de los hechos”<sup>72</sup>. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que “este derecho tiene como justificación el control de abusos en el ejercicio de la libertad de expresión y se ejerce contra una información inexacta emitida por el medio (STC R. 1247-08, c. 15° y 24°)”.<sup>73</sup>

El derecho a la honra se establece en el artículo 19 N°4 de la CPR que garantiza a todas las personas el respeto y protección “a la honra de la persona y de su familia”<sup>74</sup>. Es un derecho que tiende a colisionar con el derecho a la libertad de expresión, pues la protección excesiva de uno irá en detrimento del otro. La protección de la honra establece los márgenes permitidos del debate libre y abierto de ideas que se garantiza con la libertad de expresión<sup>75</sup>.

Corresponde al legislador regular ambos derechos de manera que uno no colapse al otro<sup>76</sup>. Así ocurre al criminalizar las injurias en el artículo 416 del Código Penal, como “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”, las calumnias, en el artículo 412 del mismo código, como “la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”, así como, en la Ley N° 19.733 de Prensa, que establece figuras agravadas según del tipo de imputación o si éstas se realizan por escrito y con publicidad<sup>77</sup>.

Por último, el derecho a la intimidad y a la vida privada se reconoce mediante la consagración de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5 de la CPR), así como, el derecho de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de la familia” (19 N° 4, de la CPR). La intimidad puede ser entendida como una

<sup>71</sup> García y Contreras, 2014: 606.

<sup>72</sup> Charney y Marschall, 2020:493.

<sup>73</sup> García y Contreras, 2014: 624.

<sup>74</sup> Charney y Marschall, 2020:496.

<sup>75</sup> Charney y Marschall, 2020:496.

<sup>76</sup> Charney y Marschall, 2020:496.

<sup>77</sup> Charney y Marschall, 2020:496.

“pretensión de exclusión de conocimiento” sobre algunas temáticas que se consideran privadas<sup>78</sup>, el alcance y protección de las distintas esferas de intimidad de la vida de un individuo, se discute en los casos concretos<sup>79</sup>.

## 2. La creación artística y cultural como garantía constitucional

El derecho a la creación artística y cultural también se encuentra establecido en la Constitución Política de la República, específicamente en el artículo 19, número 25, inciso primero. No obstante, debe advertirse que el tratamiento que se le ha dado a nivel constitucional a este derecho no ha sido autónomo, sino que se regula de manera conjunta con los derechos de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas.

De este modo, la norma se encuentra dedicada en casi toda su extensión a las formas de propiedad intelectual y su protección, y con menor énfasis en la libertad de creación. Esto es coherente con el continuo normativo que estructura los derechos fundamentales, pues esta forma específica de propiedad se establece a continuación de la norma del artículo 19, número 24, que regula extensamente el derecho de propiedad. Como se verá, este tratamiento más bien residual de la libertad de creación, se explica en la historia de su establecimiento, mediante la Ley N°19.742 el año 2001, y en que no estaba en la concepción original del constituyente.

Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

25.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior, y

<sup>78</sup> Charney y Marschall, 2020:499.

<sup>79</sup> García y Contreras, 2014: 328.

## a) Caracterización del derecho

Como explica Nogueira<sup>80</sup> la libertad de creación artística es un “derecho de libertad específico dentro de la libertad de expresión regulado en el artículo 19 N°12 de la Carta Fundamental (...)”, cuyo contenido ya se ha revisado en el acápite anterior de este documento. Esta norma ampara la libertad de creación consistente en una consideración estética, como asimismo la difusión de la creación, que implica su socialización<sup>81</sup>. La garantía de ambas considera una restricción de las posibilidades de censura sobre las obras, como se verá más adelante, lo que deriva de ser esta libertad un subgénero de la libertad de expresión<sup>82</sup>.

Respecto de la ubicación del precepto, Nogueira señala que se le habría dado una dimensión más sistemática ubicándolo en el artículo 19, número 12, es decir, a propósito de la libertad de emitir opinión y de informar. Ello sin perjuicio que la libertad de difusión de las creaciones, que acompaña a la de creación, se asocia con los derechos de autor, específicamente a la paternidad de la obra<sup>83</sup>.

Otra visión es la que plantean García y Contreras, que indican que a partir de la reforma de 2001, el texto actual de la garantía protege el núcleo esencial de la libertad artística, desmarcándola de efectos regulatorios que se pueden seguir de esta, como son la propiedad intelectual o el derecho de autor<sup>84</sup>. En ese sentido, y pese a que el precepto los regula de manera conjunta, los derechos de autor en sus varias formas son independientes de la libertad de creación y de difusión, y vienen a operar necesariamente una vez ejercida esta y como una consecuencia.

Este problema de la autonomía de la libertad de creación y difusión de las artes respecto de la libertad de expresión es tratado por Vial<sup>85</sup> en su trabajo de 2006, precisamente a propósito de la introducción de la redacción actual del artículo 19, número 25, mediante la reforma constitucional de la Ley N°19.742 de 2001. El problema que planteaba el autor es justamente el de determinar, en la taxonomía del derecho, si se está en presencia de un nuevo derecho o bien se trata de una simple extensión de la libertad de expresión que traería implícita la libertad de crear que se explicita en la reforma. Esta última es la postura que, como se ha visto en la primera parte de este documento, se desprende de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Vial se pronuncia en este último sentido, considerando

“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.”<sup>86</sup>

En cuanto al contenido de la libertad de creación artística, García y Contreras afirman que consiste en la

<sup>80</sup> Nogueira, 2007: 264.

<sup>81</sup> Nogueira, 2007: 264.

<sup>82</sup> García y Contreras, 2014: 606.

<sup>83</sup> Nogueira, 2007: 264.

<sup>84</sup> García y Contreras, 2014: 605.

<sup>85</sup> Vial, 2006.

<sup>86</sup> Vial, 2006: 263.

“(…) libertad de crear mediante recursos visuales, lingüísticos o sonoros, o por cualquier medio la expresión de ideas, emociones y percepciones sensibles del modo que importen un fragmento del mundo real o imaginario, al margen de las coacciones estatales indebidas.”<sup>87</sup>

El ejercicio de esta libertad permite, entonces, la producción de una nueva realidad cuyo contenido es variable; y difundirlas, materializando el aspecto comunicativo del arte.

La taxonomía de la garantía constitucional que ofrece Vial, por su parte, arranca del carácter fundamental de *libertad* de esta, en tanto acción no sujeta al control previo o posterior de otro. Esta libertad recae en dos acciones concretas marcadas por dos verbos rectores. La primera es de la de crear, es decir producir una nueva realidad por medio del trabajo, la imaginación y la sensibilidad humanas, y que puede emplear una gran cantidad de formas y medios materiales<sup>88</sup>. La segunda es la difusión de lo creado, que puede admitir a su vez una serie de formas en razón de la conveniencia artística, los medios de que dispone y el avance de la tecnología<sup>89</sup>.

Es relevante para el análisis y la protección de estas formas de libertad, considerar que la esencia de la garantía radica entonces en el ejercicio de la creación y la difusión “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.”<sup>90</sup>.

Dado que la libertad de creación y difusión pertenece a la familia de la libertad de expresión, que la Constitución establece en el artículo 19 número 12, la consecuencia lógica es que esta se encontraría resguardada por la prohibición de censura previa. Esto no implica, como señalan García y Contreras, que la libertad de creación esté libre de responsabilidades y límites que derivan de su ejercicio intrínseco y de su concurrencia en el marco de derechos y restricciones generales que afectan al conjunto general de libertades y derechos. Esto supone, entonces, que la libertad de creación artística está sujeta a límites y puede, en consecuencia, entrar en conflicto con otros derechos. Por lo pronto, son límites a esta libertad la dignidad humana, el orden público, el derecho a la honra y el respeto a la vida privada, entre otros<sup>91</sup>.

Al igual que la libertad de expresión, el ejercicio de la libertad de creación artística y cultural se encuentra garantizada por la acción de protección establecida en el artículo 20 de la CPR.

## **b) La reforma constitucional de la Ley N° 19.742**

La redacción actual del artículo 19, número 25 de la Constitución procede de una reforma constitucional que introdujo en 2001 la Ley N° 19.742. En su versión original<sup>92</sup>, la norma sólo contemplaba la garantía

<sup>87</sup> García y Contreras, 2014: 605.

<sup>88</sup> Vial, 2006: 267.

<sup>89</sup> Vial, 2006: 269.

<sup>90</sup> Vial, 2006: 275.

<sup>91</sup> García y Contreras, 2014: 606.

<sup>92</sup> La versión original de la norma, como fue dictada en la Constitución Política de la República de 1980, se encuentra disponible en <http://bcn.cl/2kcgj> (mayo, 2024).

del derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, pero no la libertad de creación artística.

En ese orden, la introducción de la norma en su redacción actual obedeció a dos objetivos bien precisos que constan en la Historia de la Ley y en el Mensaje del Presidente de la República con el que se da inicio a la tramitación del proyecto de ley de reforma que desembocó en la Ley N° 19.742.

El primero objetivo de la reforma fue la eliminación de las normas sobre censura que contenía hasta ese momento el artículo 19, número 12 de la Constitución. Este es el foco de la reforma, a la luz del conflicto que a la época se ventilaba en contra de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con un fuerte cuestionamiento al numeral 12. Este, en su inciso final, disponía -como se dijo- un sistema de censura para la producción cinematográfica y la fijación de las normas generales para la expresión pública de otras actividades artísticas, cuya regulación específica se encontraba en la ley. Por su parte, el segundo objetivo fue remarcar el derecho a la libre creación artística, que viene a reforzar el derecho a la libertad de expresión del artículo 19, número 12.

El proyecto de ley, en su preámbulo, se refiere a la “libertad de creación y manifestación de las obras literarias, teatrales, de música, pintura, escultura y danza, obras audio – visuales, y de fusión entre diversas disciplinas artísticas (...)”<sup>93</sup>. En ese sentido, si bien la libertad de expresión de opiniones y de informar supone la libertad de creación artística, se hacía necesario para el Ejecutivo de la época explicitarlo<sup>94</sup> en una norma concreta que estableciera esa libertad. Es, en concepto del proyecto de reforma constitucional, la auténtica expresión de cultura que demanda una necesidad de protección especial.

Si bien se produjo un debate legislativo sobre la ubicación de la norma, esta finalmente quedó incorporada al numeral 25 del artículo 19, esto es al comienzo de la disposición sobre derechos de autor, con la que parece mantener algún parecido de familia. Esta ubicación no parece ser la óptima, como señala Nogueira<sup>95</sup>, entre otras razones porque es una forma de libertad derivada de otra que se establece mucho más atrás en, en el numeral 12 del mismo artículo.

Vial documenta que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, presidida en esos años por el Senador Sergio Diez, consideró darle esta ubicación a propósito de compartir esta libertad una misma naturaleza con los derechos de autor<sup>96</sup>. Hay cierta lógica en considerarlo así, ya que los derechos de autor proceden naturalmente de la libre creación artística, aunque habría que reconocer que esta no siempre desemboca (o no necesariamente) en alguna forma de propiedad intelectual. En el mismo sentido, la propiedad industrial, como producto del ingenio, pero también de la actividad científica o técnica, no necesariamente procede de la creación artística.

Finalmente, otro problema a despejar a propósito de la introducción de la libre creación artística es el de los límites a que el constituyente la somete. Por lo pronto, y como documenta Vial a partir de la Historia de la Ley, en la discusión legislativa la profesora Ángela Vivanco expresó que las acciones de crear y

---

<sup>93</sup> BCN 2024: 9.

<sup>94</sup> Vial, 2006: 254.

<sup>95</sup> Nogueira, 2007: 264.

<sup>96</sup> Vial, 2006: 258.

difundir las artes no están desprovistas de responsabilidad por los delitos o abusos que se cometen en su ejercicio. El curso de la discusión legislativa dio lugar a otros argumentos sobre el particular. Como recuerda Vial, el Senador José Antonio Viera – Gallo fue de la opinión de que ubicar la norma en un lugar distinto al que se le otorga a la libertad de opinión tiene precisamente el sentido de evitar hacer responsables a los creadores de arte por los delitos que pudiera cometer en la creación artística, siendo partidario de la más amplia libertad para las distintas manifestaciones artísticas. Lo anterior demandaba, entonces, no confundir la libertad de opinión con la libertad artística<sup>97</sup>.

### **c) La influencia del caso “La última tentación de Cristo”**

La reforma constitucional de 2001 que introdujo el actual texto del artículo 19, número 25, estuvo profundamente influida por la judicialización del conflicto en torno a la exhibición de la película dirigida por Martin Scorsese, “La última tentación de Cristo”, ante la Corte IDH. Este conflicto terminó en 2001 con la dictación de la sentencia en el caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile<sup>98</sup>, en que se condenó al Estado por haber violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión establecidos en el artículo 13 de la CADH, incumpliendo los deberes que esta le impone y se decidió que Chile debía modificar su ordenamiento interno a fin de suprimir la censura previa, permitiendo la exhibición de “La última tentación de Cristo”.

El caso se originó en 1997, a partir de la disputa sobre la exhibición de la película, que fue prohibida por una sentencia judicial de la Corte Suprema dictada en el marco de un recurso de protección. La acción constitucional se había dirigido en contra de una resolución administrativa del Consejo Nacional de Televisión que aprobó en 1996 la exhibición de la obra y fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago y ratificada por la Corte Suprema. Como resultado de la misma, se aplicó una censura previa sobre la exhibición de la película, impidiendo su exhibición en Chile. Esta prohibición fue, entonces, objeto de cuestionamiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que terminó llevando el caso ante la Corte IDH.

Cabe destacar, entonces, que la sentencia de la Corte IDH no versa propiamente sobre el problema de la libertad de creación artística, sino sobre la libertad de expresión y la manera en que el antiguo artículo 19, número 12 de la Constitución chilena vulneraba las normas de la Convención que establecían el derecho a la libertad de expresión. Como señala la sentencia, la mantención del sistema de censura cinematográfica “el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.”<sup>99</sup>. Este incumplimiento se considera corregido por la Corte IDH por haber presentado el Ejecutivo de la época un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica, que finalmente se transformó en la Ley N°19.742. Esta, como se ha señalado, vino a redibujar el sistema de calificación cinematográfica en Chile, de un modo en que se privilegiara la libertad de expresión y el resguardo de los intereses de niños, niñas y adolescentes. De manera tangencial como se ha dicho, esta reforma incorporó la libertad de creación artística.

---

<sup>97</sup> BCN, 2024: 92.

<sup>98</sup> Corte IDH, 2001.

<sup>99</sup> Corte IDH, 2001: párr. 88.

## Referencias generales

- AGNU. (2020). Informe de investigación sobre la libertad de expresión artística, de 24 de julio 2020, A/HRC/44/49/Add.2. Disponible en: <http://bcn.cl/3jard> (mayo, 2024).
- AGNU. (2013). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, de 14 de marzo de 2013, A/HRC/23/34. Disponible en: <http://bcn.cl/3j8rq> (mayo, 2024).
- Bertoni, Eduardo; Salazar Marín, Daniela; y Zelada, Carlos. (2019). “Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión”, en Steiner, Christian; y Fuchs, Marie-Christine, coord., *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2ª ed. Bogotá, Colombia: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V., pp. 405-430.
- BCN (2021). Comparador de Constituciones del Mundo. Disponible en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/materia/express/comparar> (abril, 2024).
- BCN. Historia de la Ley de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. Disponible en: <http://bcn.cl/20x82> (mayo, 2024).
- Boletines N° 16.645-18 y 16.590-24. Disponible en <http://bcn.cl/3io4h> (mayo, 2024).
- Charney y Marschall (2020). Libertad de expresión. En Curso de Derechos Fundamentales. Contreras y Salgado, editores. Editorial tirant lo Blanch, Valencia.
- Comité de Derechos Humanos. (2011). Observación general N° 34 Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, de 12 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://bcn.cl/3ja58> (mayo, 2024).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE). (2019). *Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.23/19 Febrero 2019. Disponible en: <http://bcn.cl/3jirw> (mayo, 2024).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000. Disponible en: <http://bcn.cl/3jc01> (mayo, 2024).
- Corte IDH. (2001). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73. Disponible en <http://bcn.cl/3j01l> (mayo, 2024).

- Corte IDH. (1986). *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.
- Corte IDH. (1985). *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5 (mayo, 2024).
- Faúndez Ledesma, Héctor. (2004). *Los límites de la libertad de expresión*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, 201.
- García, Gonzalo y Pablo Contreras (2014). *Diccionario constitucional chileno*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- Nogueira, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002> (mayo, 2024).
- Nogueira, Humberto (2007). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 4, Santiago: Librotecnia.
- Organización de la Naciones Unidas (ONU). (2020). *El Consejo de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://bcn.cl/3imjv> (mayo, 2024).
- Silva Bascuñan (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XII. De los derechos y deberes constitucionales. Editorial Jurídica de Chile.
- Tribunal Constitucional (2012). *Jurisprudencia Constitucional*. Tomo XIII. Sentencias pronunciadas entre 2008 y 2009. Roles N° 1.053 – 1.194. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/013-Tomo-XIII-PDF.pdf> (mayo, 2024).
- Tribunal Constitucional (2015). *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*. Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 59. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/2844.pdf> (mayo, 2024).
- UNESCO. (1980). *Recomendación relativa a la Condición del Artista*. Disponible en: <http://bcn.cl/3jjeo> (mayo, 2023).
- Vial, Tomás (2006). *El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución*. En: Felipe González, (ed). *Libertad de Expresión en Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, pp. 243-284.

## Referencias normativas

- Decreto N° 778, M. de Relaciones Exteriores, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Disponible en: <https://bcn.cl/2ho0j> (mayo, de 2024).
- Decreto N° 326, M. de Relaciones Exteriores, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1966. Disponible en: <https://bcn.cl/2f6fj> (mayo, 2024).
- Decreto N° 873, M. de Relaciones Exteriores, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, Denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Disponible en: <https://bcn.cl/2j3zn> (mayo, 2024).
- Decreto N° 82, M. de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y su Anexo. Disponible en: <https://bcn.cl/2pccc> (mayo, 2024).
- Decreto N° 244, M. de Relaciones Exteriores, Promulga el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”. Disponible en: <https://bcn.cl/3ip6h> (mayo, 2024).
- Ley N° 19.742 de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. Disponible en <https://bcn.cl/2k7c7> (mayo, 2024).
- Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Disponible en: <https://bcn.cl/2f8z0> (abril, 2024).

---

### Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0  
(CC BY 3.0 CL)