



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



“El Derecho como factor cultural”

Memorista: Ángel Emilio Vergara Colombo.

Profesor guía: Antonio Pedrals García de Cortázar.

Profesor informante: Nelson Zambrano Villarroel.

Asignatura: Teoría General del Derecho.

*A quienes son los pilares en mi vida, Luis, Rossana,
Ítalo, Berta y María Jesús.*

Índice General:

	Página.
Introducción.....	2
 I. CAPITULO: CONCEPTOS FUNDAMENTALES.	
1. Planteamiento.....	4
2. Definición de cultura del léxico.....	4
3. Conceptos de cultura según diversos autores.....	5
4. Definición académica de cultura.....	7
5. Concepto de cultura desarrollada por los tratados de protección cultural material e inmaterial.....	10
 II. CAPITULO: INFLUJO DEL DERECHO EN LA CULTURA.	
6. Planteamiento.....	14
7. Derecho y Religión.....	14
8. Derecho y Ciencia.....	26
9. Derecho y Arte.....	37
10. Derecho y Comunicación.....	48
 Síntesis General.....	 64
Bibliografía.....	68

Introducción.

Es evidente que el ser humano ha evolucionado de forma abismante en estos últimos 100 años, dicho avance se ha visto reflejado en diversas áreas del saber, ya sea a nivel científico, educacional, económico, artístico, político, etc., sin embargo no es menos cierto que a medida que el hombre avanza, mayor complejidad se va generando en las relaciones humanas, ya que el desarrollo acelerado trae aparejadas otras consecuencias que no son del todo positivas, y que algunos señalan que es el precio que se debe pagar para tener una mejor sociedad.

En lo personal al intentar analizar la sociedad en la cual me encuentro inmerso, me surgen variadas interrogantes y dudas, tales como ¿cuál es el rol o cuál es el objetivo o el vínculo que tiene el derecho con las otras áreas del saber?, así también me gustaría poder comprender de mejor manera ¿cuál el vínculo que tiene el derecho con la cultura? ¿el derecho forma parte de la cultura o se relacionan de forma constante?

Es claro que en la etapa en que actualmente me encuentro, he estudiado y conocido la especificidad del derecho en sus distintas ramas, sin embargo me gustaría volver más bien al origen del mismo, si bien mi objeto no es desarrollar la historia del derecho propiamente tal, más bien es intentar ligar al derecho con las distintas ciencias y dar a conocer la multidireccionalidad del mundo de hoy, ya que el desarrollo es tal que intentar encasillar o catalogar al derecho, parece más bien una cosa del pasado, puesto que hoy en día, en virtud al flujo constante e ilimitado de ideas, pareciera ser que el derecho es pieza fundamental, que no puede coexistir por sí mismo, sino que necesita de las otras ramas para nutrirse y avanzar, aún cuando todos sabemos que el derecho no puede ir a la par de otras ciencias, pero si intentar ir lo más cerca posible.

Es por la razón antes descrita que intentaré aclarar esta amalgama de ideas que tengo del concepto de cultura y vincularlas de la mejor forma posible con el derecho, entendiéndose que para mí el derecho no constituye una definición formal de la misma, sino que una mezcla de diversos factores, tal como fue señalado alguna vez en las aulas de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, el derecho es más bien una vinculación constante entre el hombre, más la norma, más los hechos, que en su conjunto constituyen derecho y que se vincula de forma innata con otras áreas del saber.

CAPITULO I
CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.- Planteamiento.

La idea esencial de este capítulo tiene por objeto manifestar que el concepto de cultura es muy amplio. Existen tantas definiciones como ideas de cultura se pudiese tener; sin embargo, se comienza esta memoria con una definición reconocida, como es la definición que nos facilita la Real Academia Española de la Lengua, solo con el objeto de fijar un primer parámetro.

También se buscan definiciones de distintos autores para demostrar que la palabra cultura si bien es distinta, en cada una de las definiciones de los autores citados, existe un punto en común el cual es, esta amalgama o combinación de diversos factores que forman un todo que es la cultura.

Dentro de este mismo tópico, se desarrolla un concepto que al criterio del memorista, es una definición bastante completa de lo que podemos entender por cultura entendiendo por tal: *“la que se circunscribe a todo aquello que corresponde a los impulsos humanos de conocer, crear, creer y comunicar; incluyendo los resultados de estos impulsos, es decir las ciencias, las artes, la religión y las comunicaciones”*.¹

2.- Definición de cultura del léxico.

La Real Academia Española de la Lengua, define cultura como el *“conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”*².

Es de conocimiento público, que existe una gran cantidad de autores, como así también, una gran cantidad de profesionales de distintas áreas, que han intentado conceptualizar y delimitar, la concepción que tenemos acerca de la cultura, sin embargo, una tarea por lo demás de suma dificultad puesto que el nivel de abstracción y de intangibilidad que emana de la cultura propiamente tal, la hace prácticamente inabarcable.

Si bien, mi objetivo primordial no es centrarme, ni dar una definición absoluta e inequívoca de cultura, sino más bien centrarme en el horizonte de la cultura y poder relacionarlo con los elementos que para esta parte influyen en forma determinante en la cultura propiamente tal, procederé brevemente a hacer una reseña de diversos autores y de

¹ Apuntes de clases, Teoría General del Derecho, año 2008

² www.rae.es

diversas posiciones que han intentado, con bastante valentía de poder circunscribir la definición de cultura.

3.- Conceptos de cultura según diversos autores.

Históricamente la palabra cultura “Cultura” se deriva del latín *colere* (“cultivar”). En su acepción más primitiva –que se remonta a Catón el Viejo (s. II A.C)- se refería al cultivo de la tierra (agri-cultura).

Posteriormente, Cicerón lo aplicó al “cultivo del espíritu”, surgiendo así el sentido humanista y clásico del término, matiz que predominó hasta hace poco. Desde esta perspectiva, el significado de “cultura” designa erudición y refinamiento intelectual, el que se expresa en los frutos superiores del espíritu humano (filosofía, literatura, arte, etc). Empero, actualmente esta visión es ampliamente criticada por constituir un planteamiento elitista, puesto que el ejercicio de estas capacidades se reduciría a un círculo muy pequeño de personas que “cultivan su espíritu”.

El autor Ronie Lessem, afirma que la cultura es “un todo integral formado por instrumentos y bienes de consumo, estatutos constitucionales... ideas y oficios humanos, creencias y costumbres... un vasto aparato, en parte *material*, en parte *humano*, y en parte *espiritual*, por el cual el hombre puede hacer frente a los problemas concretos y específicos que se le presentan”.³

Es así como A. L. Kroeber y C. Kluckhohn, al definir cultura, señalan al respecto que; “La cultura consiste en modelos o patrones explícitos e implícitos, de y para el comportamiento –adquiridos y transmitidos mediante símbolos- que constituyen la obra exclusiva de los grupos humanos, incluyendo los objetos materiales. El núcleo esencial de la cultura está constituido por ideas tradicionales (es decir, transmitidas y seleccionadas históricamente), y especialmente, por valores ligados a ellas. Los sistemas culturales pueden considerarse, por un lado, producto de la acción; y por otro, elementos condicionadores de la acción subsiguiente”.

A. Lonergan manifiesta que: “La cultura es el conjunto de significados y de valores que dan forma a una manera común de entender la vida, por lo que existen tantas culturas como los conjuntos de estos significados y valores”.

³ LESSEM, Ronnie. [1990].

Por su parte, H. R. Niebuhr define: “La cultura es el ambiente artificial, secundario, que el hombre sobrepone al ambiente natural. Esto comprende el lenguaje, las costumbres, las ideas, las creencias, las tradiciones, la organización social, los productos hereditarios, los procedimientos técnicos, los valores”.

Deal y A. Kennedy definen cultura como “la conducta convencional de una sociedad que comparte una serie de valores y creencias particulares y éstos a su vez influyen en todas sus acciones”. Asimismo, la cultura puede ser aprendida, evoluciona con nuevas experiencias y puede llegar a ser cambiada.⁴

En su manual sobre sociología de las organizaciones, A. Lucas y P. García hacen alusión a la descripción de cultura hecha por A. Geertz: “un sistema ordenado de significaciones y símbolos en virtud de los cuales los individuos definen su mundo, expresan sus sentimientos y formulan juicios”. Y añade, “la cultura denota un esquema históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en formas simbólicas por medio de las cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan su conocimientos y actitudes ante la vida”.⁵

Ha quedado totalmente de manifiesto, que existen tantas definiciones de cultura como autores pueden escribir acerca de la misma, sin embargo mi propuesta es centrarnos más bien en el horizonte que apareja el concepto de cultura propiamente tal, es por ello y en virtud de la multiculturalidad actual en la cual estamos inmersos, creo que una definición acertada de cultura es la que da la UNESCO en su declaración de México de 1982, en la cual señala: “*...que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden*”.⁶

Comparto a cabalidad esta definición y me gustaría vincular esta definición con un concepto de cultura que fue compartido en la asignatura de Teoría General del Derecho año

⁴ DEAL, Terrence y KENNEDY, Allan. [1985].

⁵ LUCAS, Antonio y GARCÍA, Pablo. [2002]

⁶ Declaración de México de la Unesco año 1982.

2008, y que mezcla diversos factores o más bien elementos que componen la cultura y que dan este matiz de multiculturalidad y multidireccionalidad, que se adecúa más y de mejor forma la concepción que tenemos de cultura

4.- Definición académica de cultura.

Más que una definición y constituyendo más bien una aproximación hacia la concepción de cultura, el enunciado desarrollado en la asignatura de Teoría General del Derecho, que señala que cultura es *“lo que se circunscribe a todo aquello que corresponde a los impulsos humanos de conocer, crear, creer y comunicar; incluyendo los resultados de estos impulsos, es decir las ciencias, las artes, la religión y las comunicaciones”*

En base a lo recientemente señalado procederé a hacer una breve reseña de la ciencia, arte, religión y comunicación, sustentándome esencialmente en los apuntes de clases de la cátedra de Teoría General del Derecho del año 2008.

Con respecto a la ciencia, lo característico de la misma es que es una actividad científica incesante, que hoy en día existe un mayor número de científicos que está trabajando que todos los que han existido en la historia de la humanidad, es claro que en tiempos de antaño la gente sabía quiénes eran los grandes científicos o inventores, sin embargo hoy en día son tantos que no se conocen los nombres de los mismos.

La ciencia se encuentra motivada por la curiosidad y que se constituye en el motor de la misma, empero hoy en día ha ingresado un factor de suma relevancia el cual es el dinero, puesto que hacer ciencia es carísimo y son las grandes empresas las que pueden financiar la investigación, y es aquí cuando las transnacionales comienzan a hacer sus negocios.

También debo señalar que la investigación científica está dirigida a cuestiones médicas con el objeto de solucionar las problemáticas enfermedades que aparejan al hombre, es de suma relevancia señalar además que la investigación busca mejorar la tecnología en cuanto a la robótica puesto que el objetivo primordial es reemplazar al ser humano en sus funciones.

Por último, no debo dejar de lado la investigación que está dirigida al mercado del lujo o del entretenimiento lo cual genera una fuente de riqueza inagotable y que constituye la entretención.

El arte se ha creado con el propósito de buscar la belleza ya sea a través de sus distintas expresiones como la pintura, la literatura, la arquitectura, el cine etc. Sin embargo, durante el siglo XX se ha ido generando un conjunto de otras manifestaciones artísticas tales como: el arte denuncia, el feísmo, el arte pornográfico.

Claramente se ha abierto la creatividad artística que se caracteriza por buscar nuevas cosas, sin embargo no es más que una prueba fehaciente o una manifestación de la desorientación general que nos afecta como sociedad.

El derecho actualmente permite la libre expresión artística, es en el ámbito doctrinario donde se debate si debe existir algún tipo de censura, en teoría existe la limitación a la misma y la constituye el respecto a la moral y a las buenas costumbres, sin embargo, es una limitación bastante general y abstracta y muy difícil de definir lo que trae como consecuencia una merma y una dificultad en el cumplimiento de la norma.⁷

El fenómeno religioso está en el origen de la historia puesto que ya en las pinturas rupestres que se encuentran en las cavernas en Europa han sido interpretadas y se ha señalado que hay destellos de religiosidad en la creencia de altos poderes.

El desarrollo de la religión ha desembocado en que actualmente existan instituciones religiosas tales como la Iglesia Católica, las Iglesias Cristianas Norteamericanas, el Islamismo, sin embargo en la actualidad ocurre una situación bastante peculiar la cual es que a medida que se robustece la institución propiamente tal cada vez se ve más desprovista del espíritu por el cual fueron creadas.

Existe un fenómeno que es muy interesante para los juristas que es el acercamiento doctrinario de las religiones⁸, y que tiene relación con un punto en común y que se ve reflejado en que a pesar de que existen diferentes religiones tienen una serie de puntos en común, esto ha sido un descubrimiento muy grande que influye en los Ordenamiento Jurídicos.

⁷ Apuntes Cátedra Teoría General de Derecho, 2008.

⁸ Apuntes Cátedra Teoría General del Derecho, 2008.

Estos puntos en común son:

- a. La regla de bronce, que se traduce en “no hacer a los demás, lo que no quieres que te hagan a ti”. Y,
- b. La regla de oro, que se traduce en “trata a los demás como quieres que te traten a ti”.⁹

Estas reglas encontraron eco en el campo jurídico respecto de la dignidad humana y su derivado a la igualdad entre las personas, lo cual hoy se encuentra protegido por la Constitución Política de la República y por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En cuanto a la comunicación, nos encontramos inmersos en un universo social de comunicaciones permanentes, recibimos constantemente información y comunicación ya sea de la televisión, radio, internet, y de las diversas y múltiples formas de comunicación. Podríamos aventurarnos a señalar que el hombre del siglo XXI se encuentra en un bombardeo permanente de información.

Si bien, se ha señalado que la comunicación cumple una función relevante en nuestra sociedad y como señalan algunos autores que es establecer una verdad social muchas veces esta supuesta verdad se ve alterada por una mala información, por una información errada, o por una falta de información.

Es menester señalar además, que hoy en día los grandes medios de comunicación son manejados por grandes multinacionales, pero lo más terrible de todo es que solamente se transmite lo que los dueños de los canales quieren que podamos ver por televisión, aquello que no les parece pertinente es objetado y es prohibido su comunicación a través de estos medios, esta misma situación ocurre con la prensa escrita.¹⁰

Sin embargo, hoy en día existen otras plataformas en la cual el ciudadano común y corriente se puede manifestar de forma libre y abierta, esta herramienta la constituyen internet y sus distintas redes sociales que permiten una interrelación entre los diversos miembros de la sociedad¹¹.

⁹ Apuntes Cátedra Teoría General del Derecho, 2008.

¹⁰ Apuntes Cátedra Teoría General del Derecho, 2008.

¹¹ Apuntes Cátedra Teoría General del Derecho, 2010.

5.- Concepto de cultura desarrollada por los tratados de patrimonio cultural material e inmaterial.¹²

Con fecha 12 de Mayo de 1980, fue Publicado en el Diario Oficial de la República de Chile” La protección del patrimonio mundial, cultural y natural” suscrita en UNESCO, París, el 16 de Noviembre de 1972. El objetivo por el cual fue aprobada es claro sin embargo la de mayor relevancia es el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo.

Es evidente que la protección que cada uno de los Estados ejerce, se hace insuficiente dada la magnitud de los recursos que se requieren, es claro que los bienes pertenecientes a cada una de las culturas de los distintos pueblos del mundo resultan ser bienes únicos e irremplazables, y por ende requieren de una dedicación importante por los países que son propietarios de tan preciados bienes.

Son muchos las problemáticas o los peligros que se generan en la actualidad, producto del desarrollo abismante que hoy en día vive la sociedad mundial, empero somos nosotros los seres humanos quienes se encuentran con el deber moral de proteger todos los patrimonios que nos pertenecen como raza humana. En virtud de lo recientemente descrito es que la convención antes señalada recoge estas inquietudes y hace un intento por regular y mejorar el patrimonio cultural y natural que nos pertenece como seres humanos.

Es así como en el artículo 1° define lo que se entiende por “patrimonio cultural”, dando los conceptos de monumentos, los conjuntos y los lugares; acto seguido en el artículo 2° procede a definir qué se entiende por “patrimonio natural”, dando los conceptos de monumentos naturales, formaciones geológicas y fisiográficas y los lugares naturales o zonas naturales.

El artículo 4° de la convención manifiesta la obligación que tiene cada Estado parte, en cuanto identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio. Asimismo se obligar a invertir el máximos de los recursos de que disponga el Estado parte.

¹²Tratados de Patrimonio Material e Inmaterial. Diario Oficial, 12 de Mayo 1980.

Al mismo tiempo y a simple vista son bastante claros los objetivos del tratado, pero que en la práctica se han convertido en casi una utopía, ya que no se han aplicado a cabalidad las políticas establecidas en la convención así tampoco se han invertido los recursos por quienes tienen la mayor obligación y que son los Estados partes.

Tal como señalé, son claros los objetivos tales como:

- a) Adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural, una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de la planificación general.
- b) Instituir en su territorio, sino existen, uno o varios servicios de protección conservación, revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumben.
- c) Desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural.
- d) Adoptar las medidas jurídicas, científicas técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio.
- e) Facilitar la creación o los desenvolvimientos de centro nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación.

El resto del articulado se refiere al comité intergubernamental, los fondos para la protección, las condiciones y modalidades, los programas educativos y cláusulas finales.

El tratado recientemente señalado constituye un gran aporte a la protección de cultura, sin embargo, olvidó un elemento de suma importancia el cuál es que la cultura, no tan sólo es los bienes materiales que se encuentran dentro de la Sociedad, sino que también las expresiones, conocimientos, usos, costumbres , etc., es en virtud de esto que el 13 de Marzo de 2009, se publica en el Diario Oficial de la República de Chile, la “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” de la UNESCO.

Esta última convención viene llenar un vacío que no había sido mencionado y regulado a través de la vía jurídica; con esto me refiero al patrimonio cultural inmaterial, el cual se define en el artículo 2º de la convención, y que comprende tanto: tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos, usos

relacionados con la naturaleza y el universo, así como también las técnicas artesanales tradicionales.

Esencialmente lo que busca la convención es la “SALVAGUARDIA” del patrimonio cultural inmaterial, lo que implica el respeto hacia la cultura, la cooperación y asistencia internacional, intentando que cada estado parte investigue, proteja, promocióne, valorice, y trasmita el patrimonio inmaterial de cada unos de los pueblos del mundo.

Las dos convenciones recientemente descritas, se complementan buscando una respuesta en la sociedad, y sobre todo en los integrantes de la misma, comenzando por los Estados, quienes tienen todas las herramientas para poder hacer posible los variados fundamentos señalados en cada una de las convenciones internacionales.

Empero en la actualidad no ha existido un desarrollo significativo por parte del Estado Chileno, en nuestro caso en particular, para promover y dar cumplimiento a los principios en que se basan los tratados mencionados, creo que el Estado Chileno se encuentra al debe, en cuanto a la educación, protección, y transmisión de la cultura ya sea material e inmaterial, tanto desde un punto de vista social como jurídica.

Me parece inadecuado que se recuerde la aplicación de estos tratados cuando se está a poco tiempo de renovar la autorización por parte de la UNESCO, para que algunas de las ciudades de Chile continúen siendo patrimonio de la humanidad, sin embargo después de un breve tiempo nos olvidamos de la normativa, y dedicamos recursos del Estado de Chile para otros fines, que aún no tienen solución.

CAPITULO II

INFLUJO DEL DERECHO EN LA CULTURA

6.- Planteamiento.

Lo primero que debo señalar es que para desarrollar este capítulo entenderemos por cultura *“la que se circunscribe a todo aquello que corresponde a los impulsos humanos de conocer, crear, creer y comunicar; incluyendo los resultados de estos impulsos, es decir las ciencias, las artes, la religión y las comunicaciones”*.

Una vez claro el concepto en el cual me basaré el objetivo primordial de este capítulo es definir tanto religión, ciencia, arte y comunicación por la Real Academia Española de la Lengua, para establecer el primer parámetro del resultado que para esta parte genera la cultura. También es importante señalar de forma sucinta los cuerpos normativos que regulan las actividades producto de la cultura y desarrollar algunos temas de discusión, como lo son en el tema de la religión la libertad de culto y la manifestación de creencias; en cuanto a la ciencia intentar desarrollar el problema de la medicina reproductiva; en cuanto a las artes pronunciarse acerca de la ley de propiedad intelectual que tantas discusiones ha generado al respecto; y por último en cuanto a la comunicación desarrollar la libertad de expresión y en especial la responsabilidad de los medios de comunicación en cuanto a los atentados a la honra, a la imagen y a la intimidad.

Todo esto dentro de la esfera del ordenamiento jurídico chileno y en el caso que fuese necesario recurrir al derecho comparado, como posible solución frente a la no regulación o a la falta de aplicación de la normativa de nuestro ordenamiento jurídico.

7.- Derecho y Religión.

a. Concepto de religión según el léxico.

La Real Academia Española de la Lengua define la religión que proviene del latín religio-ónis y que significa que *“es el conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimiento de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”*.¹³

El objeto de la presente definición solo intenta precisar el resultado de uno de los impulsos que corresponde a la definición de cultura, a la cual se adscribe esta parte y se procederá a analizar como el derecho influye en el resultado que es la religión para el concepto heterogéneo y amplio que significa cultura.

¹³ Diccionario de la Real Academia Española del lenguaje.

b. Normas nacionales e internacionales que regulan la religión.

La fuente formal dada por nuestro Ordenamiento Constitucional, en esta materia esta dado por el artículo 19° número 6 de la Constitución Política de la República, en la cual se asegura a las personas: *“La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todo los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”*.

Existen también tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y que en virtud al artículo 5° de la Constitución Política de la República tiene el carácter de Ley, es de suma relevancia destacar la Convención americana de Derechos Humanos en la cual, en su artículo 12° señala: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de procesar y divulgar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado”*.¹⁴

Es de relevancia el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, que en su artículo 18° señala: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las practicas y las enseñanzas”*.¹⁵

Se destaca el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas, el cual en el artículo 13° precisa: *“Los estados partes en el presente pacto, se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.¹⁶

¹⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006] pp. 13.

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Es trascendente también señalar la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, que en su artículo 2° determina que se entiende por Genocidio *“Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, racial o religioso”*.

La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 14.1 señala: *“Los estados partes respetaran el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”*.

Otra convención de relevancia es de los Estatutos de los Refugiados, los cuales en el artículo 4° señala: *“Los estados contratantes otorgaran a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos, tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos”*.¹⁷

Otro cuerpo normativo que protege y regula la libertad religiosa es la Ley N° 19.638, la cual regula la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, esto contemplado en los artículos 6° y 7° de esta misma ley; así mismo, este cuerpo normativo también regula la situación patrimonial de las entidades religiosas como las exenciones de las entidades religiosas, todo ello regulado en los artículos 14° y 17° de la ley antes descrita, por último el artículo 19° de la ley N° 19.638, regula la disolución de las entidades religiosas.¹⁸

Claramente existe una gran cantidad de normas ya sea de rango constitucional o reconocidas a nivel internacional que protegen el derecho a la libertad de conciencia, libertad de creencia, de culto, sin embargo también existe un límite claramente establecidos por los cuerpos normativos anteriormente señalados.

c. Libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto.

En cuanto a la libertad de conciencia el profesor Humberto Nogueira Alcalá, señala: *“Que la conciencia constituye el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, ella estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad”*.¹⁹

¹⁷ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006] pp. 13.

¹⁸ NOGUEIRA ALCALA, Humberto.[2006], pp. 13.

¹⁹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 14.

En este sentido me adhiero a la idea que la libertad de conciencia protege el proceso racional, intelectual del ser humano ya que este proceso corresponde al fuero interno que tiene toda persona y que tiene un carácter inviolable, es aquí donde la libertad de conciencia toma un rol preponderante, ya que es el derecho a pensar con plena libertad, y a elegir de forma libre basándose en ciertas ideas preconcebidas, en base a un proyecto de vida o a una determinada forma de pensar, es por ello que la conciencia constituye un todo indisoluble, frente al cual el estado no le queda más opción que proteger este derecho de libertad de conciencia constitucionalmente, puesto que si no fuese así, el estado democrático o las supuestas premisas establecidas por un estado de derecho se convertirían en un simple catálogo de meras declaraciones.

A mi juicio creo que el estado debe respetar este proceso intelectual, siempre y cuando no se genere un incumplimiento de deberes jurídicos de carácter constitucional que puedan aparejar exteriorización de esta libertad de conciencia.

La libertad de conciencia tal como lo señala el profesor Humberto Nogueira Alcalá, *“Implica un auténtico conflicto, el de obedecerse a sí mismo que al estado”*²⁰ ya que evidentemente el ser humano va a actuar conforme a sus valores y creencias aún cuando el estado trate de imponer una situación diversa, es aquí donde se da la figura de la objeción de conciencia que se tratara más adelante.

La libertad de creencia es aquella en que el individuo se adhiere a una religión, filosofía e ideología o cuerpo de ideas, y que comprende a una relación con un ser superior en una dimensión diferente al mundo sensible.²¹

Cabe aquí destacar la libertad religiosa que es aquella que implica desarrollar no una fe en un ser superior, sino que implica asumir y practicar dicha religión en público o privado, manifestando mediante distintas prácticas, así mismo en virtud de esta libertad religiosa se tiene el derecho a no declarar la religión que profesa con el objeto de evitar discriminaciones negativas por partes de otros individuos de la sociedad.

Brevemente y basándome en el Profesor Humberto Nogueira Alcalá señalaré que la libertad religiosa tiene una dimensión objetiva y subjetiva.²²

²⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 14.

²¹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 14.

²² NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 15.

En cuanto a la dimensión objetiva se refiere a la neutralidad del estado en cuanto a las diversas posturas o expresiones religiosas ya que claramente en la actualidad puede imponer una creencia religiosa o negar la misma, es así como en Chile se da la situación de un Estado laico y democrático constitucional en la cual se respeta el pluralismo religioso e ideológico en la cual aparece el estado con una posición neutral.²³

En cuanto a la dimensión subjetiva de la libertad religiosa se da espacio a la autodeterminación en la elección de un credo determinado, incluso se da la facultad de la no creencia o bien de cambiar o abandonar creencias religiosas, todo esto protegido por los poderes del estado.²⁴

También podemos señalar en cuanto a la dimensión subjetiva de la libertad religiosa que evoluciona y se manifiesta en la libertad de culto y que consiste en el ejercicio de actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, aquí se trasciende y se va mucho más allá del plano interno de todo ser humano, ya que se permita manifestar estas ideas preconcebidas y que se encuentran en el fuero interno del individuo, si bien se señaló con anterioridad, prueba fehaciente de ello es la ley N° 19.638 que regula la constitución jurídica de iglesias y entidades religiosas, regula el patrimonio y exenciones de las entidades religiosas así como también la disolución de las mismas entidades.

Todo lo anteriormente descrito, se establece en la facultad de las personas para practicar en público o privado, individual o colectivamente, actos de oración y de culto, conmemorar festividades, celebrar ritos, etc.

d. La objeción de conciencia.

Un tema de suma relevancia, y que consiste *“en la oposición de un individuo, por razones morales al cumplimiento de un deber jurídico concreto que el debe realizar directa y actualmente”*²⁵, evidentemente el individuo no puede separar su conciencia de actuar conforme a ella y se debe tener mucha consideración con esta figura de la objeción de conciencia puesto que forma parte del derecho constitucional de la libertad de conciencia, constituyéndose en una de sus manifestaciones y en una forma de evitar que se genere incumplimientos graves de deberes constitucionales que impone un Estado de Derecho, ya que el fundamento que genera la figura de la objeción de conciencia son argumentos morales, personales que vienen a justificar este incumplimiento del deber jurídico.

²³ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 16.

²⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 16.

²⁵ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 17.

Es claro que el derecho tiene una gran cantidad de facultades, sin embargo al mismo tiempo tiene límites los cuales deben ser razonables y proporcionados, es así como nuestra Constitución Política de la República tiene como límite a la libertad de conciencia, que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Sin embargo estos límites ya establecidos con anterioridad, así como los deberes jurídicos, si bien constituyen un freno al ejercicio de los derechos fundamentales, en este caso libertad de conciencia, estos límites no pueden llegar a suprimir el ejercicio del respectivo derecho, aún cuando estén fundados en el plano subjetivo interno de cada ser humano.²⁶

Me adhiero a lo señalado por Humberto Nogueira Alcalá, en el sentido que es el Estado quien debe respetar y proteger el derecho de objetar por razones del libre ejercicio de la libertad y conciencia, ya que: ¿Cómo podemos sancionar jurídicamente a una persona por ser leal a sus convicciones morales, si como consecuencia de aquello genera un incumplimiento al deber jurídico que no produce menoscabo a terceros o a la sociedad? Lo cual generaría un simple incumplimiento de la obligación jurídica y que por lo demás pudiese ser sustituido por otro tipo de obligación jurídica a menos que exista un interés o un bien jurídico superior que esté gravemente vulnerado.

Claramente es el estado quien debe brindar alternativas frente a la figura de la objeción de conciencia ya que evidentemente uno de los principios del Estado de Derecho corresponde a la igualdad de las personas en la cual no debe existir una discriminación, en este sentido sería un grupo mayoritario quien, busca imponer ideas, convicciones, argumentos morales, etc. a grupos minoritarios que aún cuando por su menor cantidad deben ser respetados, bajo el supuesto que nos encontramos en un Estado Democrático.

Es importante precisar, y no confundir la objeción de conciencia con la desobediencia civil, ya que la objeción de conciencia tal como lo señala don José Luis Aguirre Anguiano: *“Consiste en la pretensión pública, pero de carácter individual, no violenta que consiste en la negativa a obedecer una orden o disposición jurídica por considerar la prevalencia normativa del contenido ético o moral, al cual considera que la norma en cuestión vulnera, y desde luego tiene bases morales y religiosas, a lo cual el estado debe un reconocimiento pleno, pues es consecuencia directa del acatamiento del derecho de conciencia, expresión, ética y libertad religiosa”*.²⁷

²⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006], pp. 20.

²⁷ AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. [2005] pp 60.

En virtud de lo reciente señalado solo estamos frente a la objeción de conciencia cuando hay un conflicto moral que tiene su fundamento en postulados religiosos o ideológicos conocidos y que tiene límites como los que fueron señalados con anterioridad, en cambio la desobediencia civil es aquella que se dirige en contra de una institución o una política y no en contra de un deber concreto y actual, la desobediencia civil, asume más bien caracteres colectivos y estratégicos, basándose en comportamientos activos que buscan llamar la atención de la opinión pública, a diferencia de lo que ocurre con la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia viene desde épocas de antaño y ejemplos de dicha manifestación, existen por doquier, sin perjuicio de lo antes señalado, son ejemplos claros los de Tomas Moro, quien haciendo uso de su libertad de conciencia objetó y rechazó prestarle obediencia a Enrique VIII como su rey, sin embargo fue sancionado por ello padeciendo la pena de muerte por decapitación.²⁸

Otro ejemplo claro lo constituye Sócrates cuando ejerciendo su derecho de conciencia prefiere morir antes de adorar dioses falsos.²⁹

Otro caso lo constituye Juana de Arco, quien fue sacrificada por los ingleses y se le dio muerte en la hoguera, no respetando su derecho a conciencia y sancionándola drásticamente.³⁰

Una consecuencia relevante que genera la objeción de conciencia es el problema de la *Ponderación de Derechos*³¹, ya que siempre va a existir un choque de derechos constitucionales al momento que una persona ejerza su derecho a objeción de conciencia, es por ello que analizaremos, diversas situaciones en los cuales no existe una solución unívoca sino mas bien son objetos constantes de discusión en la actualidad.

- i. *La objeción de conciencia al servicio militar*; este es el caso más típico o es el más utilizado por la doctrina al momento de poder explicar la objeción de conciencia, ya que se señala la hipótesis en la cual una persona que ha sido reclutada para el servicio militar se niega a realizar y a cumplir con dicho deber jurídico, ya que fundamenta que basado en sus creencias pacifistas, rechaza el uso de la violencia y

²⁸AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. [2005] pp 61.

²⁹ AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. [2005] pp 61.

³⁰ AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. [2005] pp 61.

³¹ AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. [2005] pp 61.

la guerra³², evidentemente se genera un choque entre los fundamentos filosóficos personales y morales, de quien ha sido reclutado y por otra parte esta la seguridad y defensa nacional del estado.

Los más nacionalistas y drásticos han señalado que quien está obligado a realizar el servicio militar y se niega por fundamentos personales estaría traicionando a su propio país, y que la defensa de la patria estaría por sobre todo interés o creencia personal³³; sin embargo creo que debemos ser un poco más sutiles, ya que si el incumplimiento a este deber jurídico que es realizar el servicio militar puede ser sustituido por otra obligación jurídica, y al mismo tiempo este incumplimiento no genera vulneración grave de derechos constitucionales, se debería por parte del estado dar otra alternativa y no sancionar de forma drástica puesto que creo que es muy distinto reclutar individuos para el servicio militar o para la milicia en periodo de tiempo de guerra, que en periodo de tiempo de paz.

- ii. Objeción a trabajar el día sábado por motivos de creencias religiosas; aquí se da una situación la cual un trabajador expone a su empleador que no puede trabajar los días Sábados por razones de creencia religiosa, ejerciendo su derecho de objeción de conciencia³⁴. Es aquí donde a título personal creo que el único fundamento plausible para que el empleador se niegue a la petición del trabajador es que la no actividad laboral de dicho trabajador del día sábado, pueda provocar un daño o un gravámen excesivo para la marcha de la empresa, de lo contrario el empleador debería modificar la jornada laboral del trabajador y respetar su libertad de creencia religiosa.
- iii. Objeción fiscal; en este caso en particular no se refiere a no pagar impuestos, por sentirlos gravoso el contribuyentes, sino que se refiere a casos particulares como el que señalaré a continuación.

El norteamericano Henry David Thoreau en 1845 se negó a pagar impuestos a Estados Unidos para el financiamiento de la guerra contra México³⁵, en este caso en particular hay un ejemplo claro de objeción de conciencia puesto que por razones morales, Henry era contrario al imperativo de matar, era pacifista y muy distante a él era la política de la guerra y de la violencia, en este caso existe un fundamentos

³² NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006] pp. 39.

³³ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006] pp. 40.

³⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006] pp. 38.

³⁵ AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. [2005] pp 61.

plausible, y no es simplemente una oposición al pago de impuestos por estimarlos gravosos.

- iv. *El sometimiento obligatorio a tratamientos médicos*: otro caso bastante recurrente al momento de explicar la objeción de conciencia es el caso en el que personas adultas se oponen a un tratamiento de transfusión sanguínea, por razones de creencias religiosas, como es el caso de los testigos de Jehová.³⁶

Por lo general frente al choque de derechos constitucionales, que son el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la vida, se tiende a jerarquizar en abstracto el deber de mantener la vida, sin embargo no existe un análisis minucioso sobre la situación en particular ya que si el paciente puede tener un tratamiento alternativo y no necesariamente requiera de la transfusión de sangre como única alternativa, deberíamos priorizar el derecho a libertad de conciencia y de creencia por sobre el derecho a la vida.

Otra situación que se debe destacar es si el paciente adulto que se niega a la transfusión de sangre, tiene o no responsabilidades familiares ya que pareciera ser que si existen hijos que dependan de él la imposición de este tratamiento, parecería legítimo puesto que no solamente esta asegurando el derecho a la vida del paciente sino que además de todos los menores que son responsables de él en forma directa.³⁷

Por último cabe destacar y se debe hacer la precisión que si la transfusión de sangre se le debe realizar a un menor de edad, no se debe priorizar el derecho a libertad de conciencia y religión que tiene su padre y su familia, ya que en este caso los menores no serían titulares de objeción de conciencia hasta alcanzar la madurez suficiente, y en este caso en particular sus padres no podrían tomar dicha decisión puesto que el derecho a la vida juega un rol de mayor importancia que el de la libertad de conciencia.

- v. *La objeción de conciencia y la venta de productos farmacéuticos*, este punto es de suma relevancia, puesto que en la actualidad ha sido objeto de discusión constante en la cual se produce no tan solo una discusión de un tema relevante a nivel nacional, sino que se produce un fuerte choque jurídico entre dos derechos de suma importancia.³⁸

³⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006] pp. 33.

³⁷ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. [2006] pp. 34.

³⁸ Revista Chilena de Derecho. [2007] pp 599.

Por una parte claramente el estado señala que tiene facultades legales y reglamentarias para obligar a quienes desean incorporarse a la actividad económica en cuanto a tener a disposición del público la píldora del día después, y manifiesta que puede imponer a la farmacia la obligación de poner a disposición del público determinados medicamentos, puesto que se trata de un tema de políticas públicas de salud como es asegurar a la población de medicamentos, y si esto no fuese así quedaría entregado a la voluntad de cada individuo lo cual daría paso a una arbitrariedad.

Dentro de los argumentos que se dan para criticar esta objeción de conciencia que es ejercida por las farmacéuticas como fundamento para no proveer a la farmacia de la píldora del día después, se señalan numerosas disposiciones legales y reglamentarias que regulan la actividad de las farmacias, para ello aluden al art 100° del Código Sanitario, que establece “*los deberes del ministerio de salud, entre los cuales se encuentra el aprobar un formulario nacional de medicamentos, para lo cual puede tomar las medidas necesarias para que la población se encuentre permanentemente abastecida de los productos farmacéuticos que lo componen*”, así también se recurre a los artículos 15°, 92° y 93° del Reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines, y depósitos, contenidos en el DS 466 del Ministerio de Salud, el artículo 92° dispone que “*las farmacias deberán contar permanentemente con aquellos productos que se encuentren contenidos dentro del formulario nacional*”.³⁹

También se ha señalado que más que una objeción de conciencia ejercida por las farmacéuticas en cuanto, al no vender la píldora del día después, es más bien una desobediencia civil, ya que los dueños de estas empresas farmacéuticas buscan imponer una idea política o religiosa que no pudieron hacer prevalecer a través de la vía legislativa, generando un perjuicio a toda la población puesto que los perjudicados directos son todos los ciudadanos de la República de Chile, todo esto basado en una idea de no acatar la norma jurídica basado en criterios personales de carácter arbitrario.

Es menester señalar además, el conflicto entre la libre empresa y el concepto de servicio público, evidentemente el interés público comprometido y la libertad de poder ingresar o no al rubro de la venta de productos farmacéuticos deja de manifiesto que existe un interés superior de por medio y que la libertad de empresa en este sentido no se encuentra vulnerada al obligar que las empresas farmacéuticas pongan a disposición la píldora del día después, por otra parte si se aceptase la tesis

³⁹ Revista Chilena de Derecho. [2007] pp 600.

de la primacía de la libre empresa por sobre la función pública, el gobierno estaría plenamente justificado para establecer farmacias estatales.⁴⁰

Los que apoyan la postura que las farmacias puedan ejercer este derecho a objeción de conciencia manifiesta que la libertad de empresa estaría siendo vulnerada puesto que, se estaría imponiendo por parte del estado que se realice la actividad que ellos estiman que es pertinente, además señalan como fundamento legal que el artículo 102° del Código Sanitario establece que ningún producto farmacéutico puede ser comercializado en el país, sin estar previamente registrado en el Instituto de Salud Pública ISP, es en este sentido que “Optinor” hasta el día de hoy no cuenta con registros sanitarios.⁴¹

Otro argumento que ha sido esgrimido por quienes apoyan a las farmacias es que la el instrumento para regular una actividad económica debe ser la Ley y no el Reglamento puesto que la forma en que es elaborada la ley requiere de un consenso mucho mayor, que el que se requiere para un reglamento, y en estricto rigor la norma que obliga a proveer los medicamentos por parte de las farmacias son establecidos por el reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines, y depósitos, el cual no tiene rango de ley y por ende no existiría esta obligación de forma expresa, y la única disposición con rango de ley, que es establecida en el artículo 100° del Código Sanitario solamente le da facultades amplias al director nacional de salud para procurar la disponibilidad de medicamentos en las farmacias respectivas, pero no existe una norma expresa y detallada que regula la situación.⁴²

e. Jurisprudencia Comentada.

*En cuanto a una sentencia sobre el derecho a la libertad religiosa, de la Corte Europea de derechos humanos en la cual existe una violación al Pacto internacional de los derechos civiles y políticos.*⁴³

El caso en comento consiste en que una estudiante musulmana, en el departamento de farsi de la facultad de idiomas orientales de Tashkent, se vestía adecuadamente conforme a los principios de su religión, y en segundo año de estudio comenzó a usar un

⁴⁰ Revista Chilena de Derecho. [2007] pp 601.

⁴¹ Revista Chilena de Derecho. [2007] pp 601.

⁴² Revista Chilena de Derecho. [2007] pp 601.

⁴³ ZUNIGA ANAZCO, Yanira. [2005] pp. 169-287

pañuelo de cabeza “Hiyab”, desde 1997 la administración del instituto empezó a limitar el derecho a la libertad de creencia de los musulmanes estudiantes.

En dicha institución fue clausurada la sala de oración, comenzaron a acosar a los estudiantes musulmanes, y todos los estudiantes que usaban el Hiyab fueron invitados a dejar los cursos del instituto y estudiar en el instituto islámico de Tashkent, sin embargo los estudiantes musulmanes continuaron asistiendo. Es así, como los profesores comenzaron a ejercer presión; el 05 de noviembre de 1997 los padres de los estudiantes fueron convocados a una reunión por parte de la administración del instituto en la cual señalaba que los estudiantes adherían a un peligroso grupo religioso.⁴⁴

El 17 de enero de 1998 se le informa a la estudiante que se había aprobado un nuevo reglamento del instituto en el cual se señalaba que los estudiantes no tenían derecho a usar atuendo religioso.

El 25 de marzo de 1998 el decano del departamento de Farsi le informa a la estudiante la expulsión del instituto basado en la presunta actitud negativa para con los profesores y en la violación del reglamento del instituto, puesto que continuaba concurriendo a clases con el Hiyab, es así como la estudiante recurre al Ministerio de Educación, así como también al presidente del comité de asuntos religiosos sin encontrar respuesta positiva, con posterioridad recurre al Tribunal del Distrito de Mirabad, sin embargo fue desestimada la acción basándose en el artículo 14 de la Ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas.

La estudiante pidió al fiscal general, al viceprimer ministro, y al presidente de asuntos religiosos, que aclararan los límites de los términos “indumentaria religiosa”, y el comité le informó de que el islam no prescribía una indumentaria de culto específico.

Con fecha 15 de julio de 1998 la estudiante interpuso un recurso de apelación, en contra de la resolución del Tribunal del Distrito de Mirabad, sin embargo, se confirmó la decisión tomada en primera instancia.⁴⁵

También la estudiante recurrió a la fiscalía de Tashkent, y esta última le señaló que no había motivo para anular las decisiones judiciales pronunciadas en su caso.

El argumento de la denuncia se fundaba esencialmente en los artículos 18° y 19° del Pacto internacional de derechos civiles y políticos ya que, la universidad la había expulsado por llevar un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos y porque se negó a quitárselo.

⁴⁴ ZUNIGA ANAZCO, Yanira. [2005] pp. 169-287.

⁴⁵ ZUNIGA ANAZCO, Yanira. [2005] pp. 169-287.

El comité de derechos humanos del protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos determinó que existe una violación del párrafo 2 del artículo 18° del Pacto internacional de derechos civiles y políticos ya que, dicho pacto protege el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y este había sido violado frente al hecho de que el instituto prohibía que la estudiante llevase en público un atuendo que estuviera en consonancia con la fe o religión que ella profesaba, además, los estados partes del pacto se han comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y que estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el pacto, y a ofrecer un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación.

Es necesario señalar un voto particular disidente del miembro del comité, el señor Hipólito Solari-Yrigoyen, el cuál señala que se destaca la actitud negativa de la estudiante para con los profesores y esa es una de las razones por la cual fue expulsada del instituto, así mismo la violación de parte de la estudiante a las disposiciones del reglamento del instituto, por último también señala que es el mismo comité de asuntos religiosos que no precisa cual es la indumentaria específica que debe utilizar el islam, y que por lo demás el Hiyab era un elemento con el cual se debía cubrir la cabeza, pero la estudiante además cubría su rostro con este.

Me remito a este fallo, con el objeto de dar a conocer organismos internacionales que si hacen aplicación al cumplimiento de los pactos o tratados internacionales, y que en especial si existe aplicación en cuanto al cumplimiento del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, creencia, culto y el derecho a una objeción de conciencia.⁴⁶

8.- Derecho y Ciencia.

a. Concepto de ciencia según el léxico.

La Real Academia Española de la Lengua define la ciencia como; “*Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales*”⁴⁷.

De esta definición, puedo señalar que la ciencia cada día va evolucionando a pasos agigantados, el derecho por el contrario, no avanza tan raudamente como si lo hace la ciencia, quedando atrás en algunas ocasiones obsoleto ante tanta novedad tecnológica.

⁴⁶ ZUNIGA ANAZCO, Yanira. [2005] pp. 169-287.

⁴⁷ www.rae.es

Por esta misma razón, es que a diferencia de lo que hemos podido analizar en relación a la comunicación y la religión, es en esta área en donde más se presentan vacíos o lagunas en el derecho, no habiendo legislación aplicable a diversas situaciones que se presentan día a día.

Como lo señala Alberto Arellano Méndez *“El presente siglo está inmerso en la era de la biología, si el siglo pasado fue denominado el de la era atómica, el presente debe denominarse el de la era genómica; importantes descubrimientos científicos e innovaciones técnicas y tecnológicas afectan de manera sensible las relaciones humanas, las estructuras sociales, económicas, culturales y, en gran medida, la forma en la cual el derecho debe solucionar los nuevos problemas ocasionados por las aportaciones de la biología, la medicina y las nuevas tecnológicas de la información y la comunicación”*⁴⁸.

En los ámbitos de la biología y la genética, el progreso ha sido desmesurado, la ciencia y la técnica se han confundido con un poder no conocido en otros estadios de la historia. Hoy se sabe que no todo lo científicamente posible, es ética y jurídicamente deseable, puesto que la técnica puede comprometer no sólo el presente, sino también el futuro de la humanidad, en forma irreversible. Surge el riesgo de desarrollar prácticas contrarias al reconocimiento de la igualdad y los derechos humanos⁴⁹.

Puedo señalar además que de la problemática de la biogenética, existen también descontroladas investigaciones científicas que tienen por finalidad crear bombas biológicas, cosa que estuvo muy presente en las batallas existentes entre naciones.

Ya que durante muchos siglos, el envenenamiento y la propagación deliberada de enfermedades han sido objeto de repudio público; están proscritos en varias culturas, religiones y tradiciones militares.

A pesar de estas normas ampliamente reconocidas, por muchas razones conviene incrementar la vigilancia. Los adelantos en las ciencias biológicas, la mayor difusión de los conocimientos en este ámbito, por ejemplo el empleo de antrax para infundir terror en 2001, justifican la preocupación de que las restricciones impuestas desde hace tiempo al empleo de armas biológicas sean ignoradas o menoscabadas. Además, varios informes

⁴⁸ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/6/art/art2.htm>

⁴⁹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/6/art/art2.htm>

confirman que algunos Estados continúan desarrollando clandestinamente programas de armas biológicas ofensivas⁵⁰.

Por tanto, debemos considerar que el uso de agentes biológicos para causar enfermedades, provocar la muerte o infundir terror son actos repulsivos y aborrecibles. Esos actos deben ser condenados universalmente y están prohibidos por el Protocolo de Ginebra de 1925 y la Convención de 1972 sobre armas biológicas. Esta convención prohíbe, además, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y la transferencia de armas biológicas.⁵¹

Si bien, en el ámbito de la propagación de las armas biológicas se afecta el derecho a la vida de las personas principalmente de forma colectiva, puesto que se utiliza generalmente en tiempos de guerra, sabemos que, la vida humana, también se afecta de forma silenciosa y no por ello menos importante, esto es, en la investigación y utilización del genoma humano, en la eliminación de embriones criopreservados y las técnicas de reproducción asistida, tema que analizaremos posteriormente.

b. Normas nacionales e internacionales que regulan la ciencia.

Desde el punto de vista de política legislativa existen dos organizaciones internacionales, la UNESCO y la OMS, que se han pronunciado en materia de clonación en declaraciones que, aunque no tienen contenido normativo, son importantes desde un punto de vista político⁵².

El convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano en las investigaciones de biología y medicina (Convenio de Oviedo), de 1997, del Consejo de Europa, sigue la tradición de las recomendaciones 1046 de 1984 y 1100 de la Asamblea parlamentaria del consejo de Europa.

Se incluyen normas sobre el material genético humano y su manipulación, sentando el principio de no discriminación, se permiten las intervenciones para modificar el genoma humano con fines preventivos, de diagnóstico o terapéuticos, pero siempre que la finalidad no sea la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia; se prohíbe la

⁵⁰http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_biological_weapons?OpenDocument

⁵¹http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_biological_weapons?OpenDocument

⁵² http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf

elección de sexo si no es para evitar una enfermedad hereditaria y se regulan las pruebas genéticas predictivas. El artículo 18° admite la experimentación con embriones sobrantes de los tratamientos in vitro siempre que esté sometida a la ley, que debe garantizar una protección adecuada al embrión. El Art. 18.2, prohíbe la constitución (creación ad hoc) de embriones humanos con fines de experimentación⁵³.

Con respecto a la aplicación del artículo 18° recientemente señalado, cabe señalar, ¿Cómo es que se pretende dar una protección adecuada a dicho embrión ´sobrante`, si se está sometiendo a una experimentación científica?; Aquí habría que distinguir cual es el estatuto jurídico que se le da al embrión preimplantacional.

Por tanto, esta determinación es de suma relevancia, puesto que a partir de esto podremos saber con exactitud que bienes jurídicos resultarán afectados en caso de menoscabo al embrión crioconservado.

Con respecto, determinar el estatuto jurídico que recibe el embrión es un asunto de suma complejidad, ya que al estar definiendo dicho estatuto estamos lidiando con un tema bastante complejo como es la vida humana; si bien, no es menos cierto que los criterios predominantes han sido más bien criterios individualistas, hay diferentes ideas y concepciones del estatuto o categoría jurídica que se le debería otorgar al embrión.

Hay posturas que han señalado que no habría persona natural sino hasta pasado 14 días desde la concepción, entonces dentro de estos 14 días estaríamos frente a lo que se llama el “*preembrión*”⁵⁴.

Existen otras posturas como las que señalan que el embrión se genera al momento de implantar el cigoto en el útero y otras más osadas que señalan que el embrión solamente existiría cuando aparece la cresta neural o inicio del sistema nervioso central (8 o 9 semanas después de la última menstruación de la madre)⁵⁵.

Sin embargo, al definir o darle una categoría al embrión crioconservado, nos pone en una situación de sumo compleja, ya que estamos lidiando con la vida humana, y si otorgamos una categoría restrictiva, todo lo que no cae dentro de dicha categoría, no sería considerado vida humana, pudiendo dar paso a vulneraciones y más grave aún cosificando a la persona humana, aun cuando no esté implantado en el vientre materno.

⁵³ http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf

⁵⁴ PUERTO, Juan José. [2000] pp. 125-140.

⁵⁵ PUERTO, Juan José. [2000] pp. 125-140.

En Chile, se puede señalar que hay varios cuerpos normativos que intentan regular o hacen alusión al menos, a esta idea de embrión crioconservado o de embrión preimplantacional.⁵⁶

Nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N° 1 señala *“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer”* La doctrina en Chile se ha basado en éste enunciado para establecer que existe vida desde la concepción.

*“La biología demuestra hoy que el hombre comienza con la concepción, pues con ella se forma, al unirse los gametos masculino y femenino, el código genético, que dirige todo el desarrollo del nuevo ser, su crecimiento y la constitución de sus órganos definitivos, y su desenvolvimiento hasta la clausura de su ciclo vital con la muerte. Constituido el cigoto el nuevo viviente se autoconstruye, sin inyección de nueva información”*⁵⁷ idea, que también ha sido recogida a través de la convención americana de derechos humanos de Costa Rica del año 1969, que en Chile se aplica en virtud del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

*“La protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión “hombres” por “personas” y que se concretó a través de la Ley N° 19.611, 128 publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que: “El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida”*⁵⁸.

En este sentido, la norma constitucional, beneficia ampliamente el concepto de vida humana como valor jurídico esencial en la sociedad y no se cae en el error de ser interpretada de la forma más restrictiva posible.

Sin embargo, en Chile fuera de la norma del artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la Republica, se intentó regular en la ley 20.120 sobre *“La investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana”*⁵⁹. En esta ley se reitera la idea de que existe vida desde el momento de la concepción y que debe ser

⁵⁶ Ley 20.120.

⁵⁷ <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n3/art04.pdf>

⁵⁸ <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n3/art04.pdf>

⁵⁹ www.bcn.cl

protegida desde el mismo momento, empero debe precisar una gran cantidad de temas, con el objeto de que se evite una posible cosificación de la vida humana o una mera declaración de principios.

- a) La ley 20.120 no regula el tema de la transferencia de embriones, así como tampoco no se ha regulado la obligación que debiese existir por parte de los facultativos de registrar el número de embriones transferidos, y verificar la seriedad y eficiencia en el tratamiento de los embriones por parte de los centros de reproducción asistida, como sí lo regulan algunas legislaciones extranjeras.
- b) No se pronuncia sobre la crioconservación ¿Cuál es el límite que tenemos en cuanto a la crioconservación de embriones en Chile? ¿Es de 5 años, como actualmente se da en España? ¿O intentaremos establecer criterios más amplios como mantener estos embriones crioconservados hasta que la madre alcance la menopausia?⁶⁰.
- c) Otro punto relevante que tampoco regula la ley es con respecto a la donación de gametos, ya que si no establecemos un límite al número de hijos que pueden nacer de un mismo donante, se puede generar una gran cantidad de conflictos en cuanto a los vínculos por consanguinidad.
- d) Otro punto no regulado y que es bastante debatido a nivel doctrinario, pero que carece de regulación jurídica, es la posibilidad de facultar a mujeres solas, su acceso a técnicas reproductivas, cuestión que no está regulada jurídicamente en esta ley y que por lo demás muchos se oponen simplemente basándose en el Art 1° Inc. 2 en que la familia es el núcleo de la sociedad y por la misma razón estas mujeres no deberían tener acceso a éstas técnicas reproductivas, tema bastante discutible pero que carece totalmente de una regulación jurídica.

Sin embargo, esta ley presenta claridad en torno a que prohíbe la clonación de seres humanos, cualquiera que sea el fin perseguido o la técnica utilizada.⁶¹

Por otra parte, también la ley 19.585 se refiere a las técnicas de reproducción asistida, (*que modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación*)” establece claramente el Art 182° que *la madre que se ha sometido a la intervención de técnicas de reproducción asistida y el padre que la ha autorizado no pueden entablar una*

⁶⁰ PUERTO, Juan José. [2000] pp. 125-140.

⁶¹ Ley 20.120.

acción de reclamación ni de impugnación contra la filiación determinada; tampoco podrá impugnar la filiación el donante de material genético.

Pareciera ser que el tema se encuentra claro sin embargo, se pueden dar varias situaciones en las cuales no existe regulación jurídica, como por ejemplo:

¿Podrá el padre o el donante que no hubiere concurrido con su voluntad a la aplicación de la técnica de reproducción asistida impugnar una filiación ya determinada?.

Por otra parte ha señalado Gómez de la Torre que la mujer soltera o divorciada que se someta a las técnicas de reproducción asistida, puede demandar de reclamación de filiación al donante de material genético que da lugar a la gestación, ya que el Art 205° del Código Civil, no hace distinción permitiendo dar lugar a la reclamación en caso en que la filiación este indeterminada.⁶²

Estas situaciones se dan de forma muy cotidiana; al no existir una regulación sobre los temas señalados con anterioridad. ¿Quién nos asegura que nuestros embriones crioconservados en su totalidad son congelados? ¿Cómo podemos constatar fehacientemente que ninguno de estos embriones es utilizado con un nuevo fin?

Problema aun no resuelto en la legislación chilena, y por tanto quedan vacíos legales en donde no hay regulación, ni fiscalización, por tanto se pueden dar situaciones de experimentación dentro de los laboratorios, en donde al derecho le es muy difícil llegar.

c. Problemática de la medicina reproductiva.

Desde hace algunos años, la medicina reproductiva es capaz de alcanzar la generación de un ser humano fuera del cuerpo femenino en una probeta (*in vitro*), donde se funde un óvulo femenino y el espermatozoide masculino. Este embrión será transferido posteriormente al útero de la mujer de la cual proviene el óvulo. Con este proceso se superan defectos físicos que impiden la fecundación. Teniendo ya el control del origen y del resultado de la procreación, en un segundo nivel, se posibilita el diagnóstico y selección de los elementos necesarios para la fecundación y tras ésta, el diagnóstico y selección de los óvulos fecundados bajo el microscopio, esto es, el diagnóstico preimplantatorio. En un tercer nivel, que excede la medicina reproductiva, se utilizan óvulos fecundados como medio de investigación con el fin de descubrir enfermedades hereditarias (eugenesia

⁶² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz [2007]. pp 222.

negativa), o incluso, en el futuro, para crear “seres humanos mejores” (eugenesia positiva).⁶³

Por tanto, luego de la aplicación de la fecundación in vitro en parejas con problemas de fertilidad, nos asoman diversos problemas jurídicos: ¿Qué sucede con los embriones crioconservados en el caso de un futuro divorcio? ¿O cual será el futuro de dichos embriones a la muerte de uno o de ambos padres? Entonces nos hacemos la gran pregunta: ¿Quién decide el futuro o el destino de dichos embriones crioconservados?.

d. La eliminación de los embriones Crioconservados.

La legislación alemana es una de las más protectoras del embrión en el mundo, porque según afirma la gran mayoría de los autores consultados, el recuerdo de la barbarie nazi aún no se ha borrado de la conciencia colectiva. Por otra parte, el respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Carta Fundamental), es la base de toda la legislación germana⁶⁴.

En España, está claro que no se puede identificar al preembrión con el concepto de persona física recogido en el artículo 29º del Código Civil, según el cual “*el nacimiento determina la personalidad*”. Sin embargo, ello no implica una desprotección absoluta del concebido y no nacido en los momentos anteriores y a ello responde el artículo 29º inciso segundo disponiendo “*...pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”.

Por lo tanto, al *nasciturus* no se lo puede considerar como una “cosa” a la que se le aplican las reglas comunes del derecho de propiedad.

Sin embargo, en los últimos años los tribunales norteamericanos se han visto en la necesidad de resolver disputas en el polémico campo de las técnicas de reproducción humana asistida.

El aumento de litigios en esta área no es sorprendente si tomamos en cuenta que de las 60.2 millones de mujeres en edad reproductiva que en 1995 existían en los EE.UU., 9.3 millones hicieron uso de algún tipo de servicio médico relacionado con el tratamiento de la

⁶³ http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf

⁶⁴ http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf

infertilidad; y que por el mismo concepto las parejas infértiles invierten enormes sumas de dinero al año.⁶⁵

El objeto más reciente de estas disputas es el destino de embriones crioconservados, los cuales se encuentran congelados y almacenados a la espera de su implantación en el útero materno.

La jurisprudencia norteamericana resuelve de manera casi unánime el problema sometido a su conocimiento ya que favorece a la parte contraria a la implantación, pero los fundamentos jurídicos varían según el caso.

El primer caso, que se estudió en tribunales norteamericanos, y que tuvo gran trascendencia es el caso *Davis v. Davis*⁶⁶.

Este caso data del año 1992, este es el punto de partida de la jurisprudencia norteamericana, decisión que fue tomada por la Corte Suprema de Tennessee. El litigio en este caso se centró en siete embriones criopreservados como resultado de los reiterados esfuerzos del matrimonio Davis por concebir un hijo.

En el procedimiento de divorcio, la mujer originalmente solicitó que los embriones fueran implantados en su útero. Sin embargo, luego de contraer matrimonio por segunda vez, su petición varió en el sentido de que los embriones fueran donados a una pareja infértil.

Por su parte, el marido se oponía a tal implantación o donación, solicitando que los embriones fueran destruidos.

En su resolución la Corte Suprema de Tennessee estableció tres criterios que debían tenerse en cuenta para resolver este tipo de litigios⁶⁷.

Primero, debía estarse a las *preferencias de los progenitores*. Tal como lo ha señalado la doctrina norteamericana, este criterio es difícilmente aplicable, ya que si las partes han iniciado una acción legal para resolver el destino de los embriones es porque no existe consenso entre ellas.

En segundo lugar, a falta de consenso actual entre los progenitores, los acuerdos anteriores entre las partes relativos al destino de los embriones deben tenerse como válidos y exigibles. Es importante señalar que entre los Davis no existía acuerdo previo alguno, y

⁶⁵ MOMBERG URIBE, Rodrigo [2001] pp.199-205.

⁶⁶ MOMBERG URIBE, Rodrigo [2001] pp.199-205.

⁶⁷ MOMBERG URIBE, Rodrigo [2001] pp.199-205.

sin embargo la Corte Suprema de Tennessee estimó conveniente sentar como principio el precedente de que los acuerdos previos entre las partes en esta materia deben presumirse válidos.

Por último, en ausencia de acuerdo previo, debían tomarse en cuenta *'los intereses relativos de las partes en cuanto al uso o no uso de los embriones'*. En este sentido, los intereses de la parte contraria a la implantación deberían prevalecer, mientras la otra parte tenga *'una razonable posibilidad de tener descendencia por medios diversos al uso de los embriones en cuestión'*, incluyendo la adopción.⁶⁸

Si no existiese otra alternativa para dicha parte, los argumentos a favor de la implantación podrían ser considerados. Sin embargo, si una de las partes sólo desea el control de los embriones para efectos de donarlos a otra pareja infértil, la posición de la parte contraria a la implantación es la que debe prevalecer.

En este sentido, la corte en *Davis* sopesó dos aspectos de la llamada autonomía reproductiva: el derecho a procrear y el derecho a no procrear. La corte esencialmente desechó la pretensión de la Sra. Davis basada en su derecho a procrear, ya que su intención de donar o implantar los embriones no puede considerarse como integrante del derecho que tiene toda mujer de controlar su autonomía reproductiva. En suma, si los embriones aún no han sido implantados en la mujer (en otras palabras, si no existe embarazo), el derecho de la mujer a procrear necesariamente debe ceder frente al derecho del hombre a no procrear.

Por tanto, en este primer fallo importante en Estados Unidos, se establece el derecho del hombre a no procrear, y por tanto los embriones debían ser destruidos.

En Chile no existe jurisprudencia, con respecto al tema del destino de los embriones criopreservados que no serán utilizados en las técnicas de reproducción asistida, si bien, el tema aún no es tratado si quiera en el ámbito legislativo, ya que la ley 20.120 que trató ámbitos sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación, nada dice sobre el derecho que tienen estos embriones, tampoco su tratamiento, ni su destino en caso de que no sean utilizados.

Por tanto, cabe señalar que en Chile no existe ley que regule de modo exhaustivo, lo que actualmente se está dando con el desarrollo cada vez más rápido de la tecnología.

La tecnología avanza, el derecho no está avanzando a los pasos que lo hace la tecnología, se queda atrás, obsoleto, desactualizado, con esto no quiero señalar que el derecho debe ir a la par con la tecnología; ya que el derecho debe analizar las situaciones de forma más lenta puesto que va a regular dichas materias. Sin embargo, existe una necesidad

⁶⁸ MOMBERG URIBE, Rodrigo [2001] pp.199-205.

imperiosa por parte de la sociedad para que se comience a regular esta materia y se pueda acotar la brecha entre el derecho y el avance de la tecnología.

Para finalizar, citando al profesor Antonio Pedrals; *Si por un acto maravilloso, un griego de la antigüedad se asomara a nuestra civilización, no tendría dudas de ninguna especie: después de tantos esfuerzos y pesares pensaría que el hombre ha llegado, en definitiva, a la edad dorada...*

Sueños imposibles se han convertido en realidad. El hombre posee hoy el brazo de Heracles, los ojos de Argos, la voz de Esténtor. Por el mar se desplaza como Poseidón, y se aleja de la tierra con la audacia de Dédalo. Ni el salto a la luna, anhelado ya por Luciano de Samosata, ha quedado pendiente”.

Sin embargo, como señala dicho autor, en las facultades humanas hay que reconocer que hay novedades, e importantes, respecto de lo que podríamos llamar los efectos de Eros: La Procreación.⁶⁹

Y en medio de esta avalancha de futuro, los juristas constatamos el choque cotidiano entre la nueva realidad y las viejas e insuficientes normas jurídicas, ancladas en las lejanas épocas agrícolas en que nacieron.⁷⁰

Por tanto, en un tema tan complejo, actual y contingente, como es la medicina reproductiva en Chile, cabe legislar de manera eficiente y eficaz, para que no se sigan dando estas situaciones de vacíos legales, y de tanta incertidumbre jurídica, el derecho debe dejar de ser un espectador.

⁶⁹ PEDRALS, Antonio [1991] pp 325.

⁷⁰ PEDRALS, Antonio [1991] pp 329.

9.- Derecho y Arte.

a. Concepto de arte según el léxico.

La Real Academia Española de la Lengua, define por arte “*La Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros*”⁷¹.

Sin embargo, hoy en día la producción artística no es del todo desinteresada, puesto que una vez generadas las obras, son ingresadas al tráfico comercial, para ser vendidas al mejor precio.

Por ello, se ha venido desarrollando una legislación en protección al derecho a la propiedad intelectual y al derecho de autor por nombrar algunos. Las obras artísticas se ven más expuestas a vulneraciones, a través del plagio.

Y hoy por hoy, desde hace algunos años, el mundo entero ha experimentado un sorprendente y explosivo avance en el desarrollo de la ciencia informática, la tecnología de las comunicaciones y la internet.

No cabe duda que lo que llamamos “era digital” ha otorgado y seguirá proporcionando innumerables beneficios a nuestra sociedad; y no podemos desconocer que este desarrollo tecnológico ha propiciado, también, la aparición de nuevas modalidades delictivas, las que hasta hace poco eran desconocidas.⁷²

b. Normas nacionales e internacionales que regulan el arte.

Uno de los tipos penales que nos interesan en este capítulo, es el relativo a la **piratería informática**, esta modalidad delictiva, encuentra regulación en los artículos 79 a) y 80 b) de “la ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual” (Diario Oficial 02 de Octubre 1970).

La normativa sanciona: a quienes sin estar expresamente facultados para ello, utilicen obras de dominio ajeno protegidas por la ley de propiedad intelectual, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en él

⁷¹ www.rae.es.

⁷² <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1428>

artículo 18° de la misma normativa y al que se atribuyere o reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común⁷³.

También a nivel internacional, se han convenido una serie de tratados que han sido ratificados por Chile, así la Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, artísticas y científicas de 1946, suscrita y ratificada por Chile, en 1955. Promulgada por el D.S. N° 74 de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 23.202 de 21 de julio de 1955.

Otras Convenciones:

Convención Universal sobre Derecho de Autor (Ginebra, en 1952). Este tratado es administrado por la UNESCO, siendo promulgado por el D.S. N°75, de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N° 23.206 de 26 de julio de 1955.

Dicha Convención establece que cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquier otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

Convención Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961. Promulgada por el D.S. N°390, de 1974, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (Diario Oficial N°28.912 de 26 de julio de 1974). Es el primer Tratado Multilateral que reconoce y ampara en el ámbito internacional, a los titulares de derechos conexos.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es una agencia especializada de las Naciones Unidas, creada en 1967. La OMPI está dedicada a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano. Con sede en Ginebra (Suiza), la OMPI es uno de los 16 organismos especializados del Sistema de Organizaciones de las Naciones Unidas.

⁷³ Ley 17336.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Diario Oficial N°33.382, de 27 de mayo de 1989).

Tratado sobre el registro internacional de obras audiovisuales y su reglamento: Adoptado en Ginebra en 1989, y promulgado por D.S. N°1.539, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, (Diario Oficial N°34.821 de 22 de marzo de 1994).

Los tratados más actuales en la materia son el tratado internet de la OMPI: Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), aprobados ambos en Ginebra, Suiza, en diciembre de 1996.

El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), fue ratificado por Chile el 14 de marzo de 2001, y ello consta en el Decreto Supremo N°270, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores. (Diario Oficial del 7 de marzo de 2003).

En el caso del Tratado OMPI, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) (derechos conexos), fue ratificado por Chile el 14 de marzo de 2001, y ello consta en el D.S. N°139, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores. (Diario Oficial de 22 de agosto de 2003).

Ambos tratados, contemplan la protección de obras literarias y artísticas difundidas a través de medios digitales, como es entre otros la Internet.

Todos estos tratados en su mayoría, contemplan la protección a obras literarias y artísticas, este ultimo difundido a través de medios digitales.

c. Breve Desarrollo Histórico del las Manifestaciones Artísticas.

¿Qué ocurre con la difusión de obras musicales a través de programas en internet? En este caso tambien se está vulnerando el derecho a la propiedad intelectual, ¿Existe protección legal para estos artistas?

La música a través de la historia del hombre, ha sido un vehículo esencial para transmitir y provocar emociones y estados de ánimo. Es así que siempre ha estado presente en todo tipo de sociedades y su cultivo ha evolucionado de acuerdo a los tiempos, así como también la forma de reconocer a quienes la crean y la interpretan.

En los primeros tiempos, el reconocimiento artístico se basaba en la concesión de privilegios que importaban sólo honor y fama para quienes se dedicaban a estas labores,

pero esta situación no les permitía vivir de su arte sino que, para ello, necesitaban vincularse a un protector o mecenas.⁷⁴

Luego de varios siglos de espera hasta que la Revolución Francesa trajera asociada la idea de la consagración de las normas protectoras de los derechos del autor, que fueron aplicándose paulatinamente a diversos tipos de obras, hasta que, este conjunto de normas alcanzó a las obras musicales y las prestaciones de quienes las interpretan o ejecutan.

Desde entonces comenzaría una evolución que no se detendría jamás y que permitiría, tanto a los creadores como a los artistas intérpretes y ejecutantes de este tipo de expresiones del intelecto humano, ver más cercana la posibilidad de poder vivir de esta actividad vendiendo el fruto de su arte, ya sea a través de la celebración de contratos con empresas dedicadas a la difusión de obras musicales, la presentación de las prestaciones artísticas en vivo o la posterior aparición de la industria dedicada a la producción y distribución de las grabaciones de estas expresiones, finalmente también se desarrolló un sector disidente de este tipo de industrias y que ha buscado subsistir en forma independiente.⁷⁵

Posteriormente, se produjo el crecimiento de una industria paralela a la musical, la de los soportes de grabación y de equipos de reproducción de sonidos utilizados en el ámbito doméstico. Posibilitando la masificación de la reproducción y distribución informal de obras musicales, lo que provocó gran preocupación entre los autores, artistas intérpretes, ejecutantes y la industria fonográfica quienes vieron en este desarrollo una posibilidad de experimentar graves pérdidas a nivel patrimonial.

Hoy, nuevamente los autores, artistas intérpretes, ejecutantes y la industria fonográfica se enfrentan a una nueva época de revolución, esta vez asociada con las tecnologías de la información. Esto implicará, para todos ellos, tener que enfrentar una serie de nuevos desafíos y en esa tarea contarán con un fiel aliado en el derecho de autor y los derechos conexos.

⁷⁴ <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=643>

⁷⁵ <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=643>

d. Los derechos sobre las obras musicales y las prestaciones artísticas.

El derecho de autor encuentra su origen desde el momento en que la obra es creada, esto es, cuando la manifestación del ingenio del creador es expresada de alguna forma perceptible a los sentidos.

El autor de la obra puede transferir libremente todos o algunos de sus derechos exclusivos sobre la misma (entre los cuales se cuentan el derecho de reproducción y el de distribución), estos son los denominados *derechos patrimoniales de autor* (algunos ordenamientos jurídicos, principalmente los de derecho latino o de tradición continental consideran otro tipo de derechos de autor denominados “morales” los cuales se consideran que están fuera del comercio humano por lo que su transferencia se encuentra prohibida por la Ley y toda acción en contrario adolece de un vicio de nulidad).⁷⁶

Por su parte, los artistas intérpretes y los ejecutantes tienen respecto de sus prestaciones artísticas ciertos *derechos denominados conexos* y que confieren a sus titulares facultades de orden patrimonial y moral.⁷⁷

Los titulares de derechos de autor y de derechos conexos respecto de sus obras musicales y prestaciones artísticas respectivamente, a menudo transfieren sus derechos patrimoniales exclusivos a los productores de fonogramas, compañías fonográficas o a las entidades dedicadas a la radiodifusión.

Debido a las eventuales diferencias que pueden surgir en las negociaciones de los contratos que permitan tales transferencias, los autores de obras musicales, los artistas intérpretes y ejecutantes se encuentran representados por una gama de instituciones que velan por sus intereses a nivel nacional e internacional y que les permiten operar con un mayor poder de negociación frente a quienes demandan la explotación de sus derechos exclusivos (En Chile esta labor la asume la Sociedad Chilena del derecho de autor y en EEUU la American Society of Composers, Authors and Publishers).

Por otra parte los productores de fonogramas que trabajan al alero de los grandes sellos discográficos también tienen sus propias organizaciones que velan por la protección de sus derechos conexos, en nuestro país esta función la cumple la Asociación de productores fonográficos de Chile y en EEUU, la Recording Industry of America.

La masificación en el uso del formato Mp3, de la grabadora de discos ópticos y del reproductor de Mp3 portátil, ha traído como consecuencia que muchas personas consideren

⁷⁶ <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=643>

⁷⁷ <http://www.wipo.int/copyright/es/>

un hecho común la reproducción de música. Esta percepción no se funda exclusivamente del advenimiento de las nuevas tecnologías sino que es un comportamiento que es heredero de las conductas ya observadas hace algún tiempo atrás con las cintas de audio o Cassettes.

Esta actividad se fue masificando con rapidez y fue necesario intentar el ejercicio de algunas acciones de fiscalización y represión de tales conductas, empero, la falta de normas jurídicas y de una conciencia social clara acerca del daño que con estas conductas se produce, permitió que los autores al ser requeridos por la justicia muchas veces se escudaran en el argumento de que portaban copias de uso privado y que no estaban ejerciendo una actividad ilícita teniendo en consideración la limitación a los derechos de autor y derechos conexos que constituye la copia privada. En casos más extremos en que la distribución de copias se comenzó a realizar a niveles “*industriales*” los involucrados en tales hechos al percibir cualquier peligro de mantener su actividad clandestina, simplemente escapaban a países que gracias a la debilidad de su regulación interna sobre propiedad intelectual se constituían en verdaderos paraísos fiscales para estas actividades.

El ejercicio de los derechos de reproducción y distribución de ejemplares de fonogramas por quienes son sus legítimos titulares, han visto crecer de un modo preocupante la cantidad de ejemplares de reproducciones ilícitas de sus obras que son distribuidas, también en el mercado informal.

Este ámbito de desarrollo de actividades mercantiles informales puede desarrollarse en el mundo físico o en el mundo virtual. Su expresión en el mundo físico corresponde a la venta callejera de CDs que simulan las características propias de un ejemplar original.

En el mundo virtual, dicho mercado tiene como expresiones, sitios o páginas web que realizan sus operaciones destinadas, a entregar directamente a los visitantes archivos en formato mp3 de obras musicales de acuerdo a la diversidad de gustos o preferencias que manifiesten sus usuarios disponiendo al efecto la operación de poderosas bases de datos que permiten encontrar la obra musical que se busca.

Ante estas formas de reproducción surgen algunas interrogantes que es necesario abordar. La primera es ¿Cuál es la reproducción considerada lícita? Y luego de haber respondido esta interrogante aún queda otra, que se desprende de la primera ¿Qué derechos se ven afectados por la reproducción ilícita de archivos musicales?⁷⁸

La primera interrogante ya la hemos contestado pero, debemos reiterar que la reproducción que puede aceptarse de acuerdo a derecho, particularmente siguiendo las

⁷⁸ <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=643>

normas relativas al derecho de autor, principalmente es la denominada copia privada. La copia ilícita, entonces, será aquella reproducción no autorizada de obras musicales o prestaciones artísticas protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos y que tienen como efecto conseguir un lucro para el sujeto activo quien evade la obligación de efectuar los pagos correspondientes por este concepto.

La segunda interrogante se refiere a los derechos afectados, cabe señalar que lo que se afecta en razón de la reproducción ilícita de obras musicales es, el derecho de reproducción de la creación, derecho que se encuentra, en el patrimonio del autor.

Otro de los derechos que se han visto afectados, en cuanto a archivos de Mp3, es el derecho de distribución de material musical. En efecto, con la creación del Mp3 este derecho cuyos titulares más poderosos son los sellos discográficos ha sido vulnerado en incontables ocasiones. Ya que, una vez copiadas las creaciones musicales protegidas y traspasadas a formato Mp3, ellas se distribuyen principalmente a través de internet, sea en las cientos de páginas web que existen al efecto o bien, mediante programas rastreadores de dichos archivos, "*en línea*". La transferencia de estos archivos a través del ciberespacio importa afectar la distribución del producto mediante ejemplares (soportes) que contengan la obras musicales o las prestaciones artísticas, con esto se afectan directamente y en forma importante las transacciones de intermediación que eran desarrolladas exclusivamente por los productores de fonogramas, los sellos discográficos y las tiendas de venta al detalle que colocaban los ejemplares a disposición de los destinatarios finales. Si no se han obtenido las autorizaciones respectivas para ello y no se han pagado los derechos correspondientes, dicha forma de transferir estos archivos debiera considerarse ilícita pues afectará directamente el derecho exclusivo de distribución.

Finalmente este derecho puede verse afectado con la reproducción ilícita de obras musicales cuando ella se hace a través del formato MP3.

Es el derecho a la integridad de la obra, el que radicará siempre en el patrimonio del autor pues es inalienable. Si durante la reproducción se altera de alguna forma a la creación, se estará afectando este derecho pues, si se quiere alterar la obra se debe contar también con la autorización del autor.

e. Algunos puntos relevantes sobre la propiedad intelectual.

Dominio Público.

Para distinguir entre lo que llamamos propiedad intelectual y dominio público, definimos como propiedad intelectual “*Un conjunto de derechos, temporales, exclusivos y excluyentes destinados principalmente a impedir falsificaciones o copias no autorizadas de las creaciones (materiales e inmateriales) del intelecto humano*”⁷⁹. Por tanto para cualquier utilización de la obra ya sea material o inmaterial debemos contar con la autorización de su creador, de su autor.

Esta exclusividad requiere ser resguardada legalmente, pues constituye el incentivo tanto para la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías como para la creación de obras literarias, artísticas o científicas.

Por su parte, el *dominio público*, también llamado frecuentemente “*patrimonio común*”, lo podríamos definir “*Es el estado jurídico consistente en el libre acceso y utilización de creaciones intelectuales, sean estas expresiones o innovaciones industriales u obras sujetas al derecho de autor, sin que nadie pueda hacer valer derechos intelectuales sobre las mismas*”.⁸⁰

En consecuencia, no existe la exclusividad inherente a los derechos de propiedad intelectual, sin que persona alguna pueda atribuirse exclusividad sobre la respectiva creación.

Por tanto, puedo señalar que el dominio público beneficia a la sociedad como un todo, pero también juega un rol esencial en la generación de nuevas creaciones y producciones intelectuales, y por ende para investigadores, científicos, educadores, artistas, autores y creadores que requieren acceder al estado de la técnica y de la cultura.

⁷⁹ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009] pp. 343-367.

⁸⁰ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009] pp. 343-367.

Conflicto que se produce entre el dominio público y el equilibrio de intereses.⁸¹

En la actualidad, por los problemas que se producen con las nuevas tecnologías en orden a vulnerar el derecho de autor, los artistas exigen más protección a los derechos de la propiedad intelectual. Esto basado en dos criterios:

El primero, se encuentra bastante conocido y difundido, apunta a la “*piratería*”, es decir, la utilización no autorizada de obras protegidas por derechos de autor y de interpretaciones, producciones y emisiones protegidas por derechos conexos. Las obras objeto de dicho delito son principalmente las musicales, cinematográficas, literarias y el software. En este sentido, las empresas, especialmente discográficas, cinematográficas editoriales y distribuidores de software, han planteado la necesidad de elevar las sanciones y tutelas de los derechos autorales y conexos, así como de controlar y aplicarlas eficazmente como forma de combatir por la vía jurídica los delitos de “*piratería*”.

El segundo criterio argumentativo para implementar mejoras en la protección de los derechos de propiedad intelectual es menos conocida y más bien de reciente data en nuestro país. Este razonamiento que proviene de la vertiente de la *propiedad industrial*.⁸²

Constituyéndose la innovación en un tema recurrente, se observa por lo general consenso acerca de la necesidad de tomar medidas incentivadoras. Comúnmente se recomienda invertir mayores recursos en investigación y desarrollo, por tratarse del proceso que da origen a la innovación. Igualmente se señala como condición esencial para el mejoramiento del desempeño innovador de los países, la necesidad de contar con sistemas jurídicos que resguarden eficazmente los derechos de propiedad intelectual. En nuestro medio, ello a menudo se ha interpretado en el sentido de elevar el nivel de protección legal de dichos derechos.

Si bien en teoría, aspirar a una protección amplia de dichos derechos inmateriales, como los de propiedad intelectual, resulta absolutamente razonable, dado que estaríamos fortaleciendo la creatividad y la cultura en el caso del derecho del autor, y en el caso de la propiedad industrial, la investigación y desarrollo (I & D), podemos observar que en este punto se desatan discusiones que son muy relevantes en materia de propiedad intelectual. El fondo del debate radica en la búsqueda de un sistema de propiedad intelectual que

⁸¹ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009] pp. 343-367.

⁸² SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009] pp. 343-367.

proteja suficientemente los derechos individuales, pero sin descuidar los intereses de la sociedad, reconociendo la existencia del llamado “*dominio público*”.⁸³

El Derecho de Autor:

Previamente debo señalar que el dominio público consta de tres clasificaciones que no son excluyentes entre sí, que son el dominio público de las marcas, dominio público de las patentes, y dominio público de los derechos de autor⁸⁴.

Mi análisis se centrará en el último de estos, y que consiste en el dominio público de los derechos de autor.

En el derecho de autor, el dominio público toma el nombre de “*patrimonio cultural común*”⁸⁵. Comúnmente se consideran pertenecientes al dominio público en este ámbito, los siguientes casos: creaciones intelectuales no susceptibles de protección, tales como las ideas no expresadas en forma concreta, los procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos; obras autorales cuyo plazo de protección haya expirado en el tiempo; obras de autores desconocidos que no pertenezcan a persona determinada, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folclórico; obras de autores fallecidos sin sucesores ni causahabientes; obras cuyos titulares renunciaron expresamente a sus derechos y por ende, a la protección legal; obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos por el sistema de tratados internacionales, y obras que fueren expropiadas por el Estado, sin que se haya especificado un beneficiario⁸⁶.

El paso de una obra desde un régimen de dominio privado de propiedad intelectual a uno de dominio público, únicamente implica la extinción de los derechos patrimoniales para su titular.

En el ámbito internacional, países como Bolivia, disponen de dos clases de acervo común de obras, uno nacional y otro extranjero. En efecto, el “*Patrimonio Nacional*” es el

⁸³ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009] pp. 343-367.

⁸⁴ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009], pp. 343-367.

⁸⁵ En Chile, la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual enumera en su artículo 11, las obras que se consideran pertenecientes al “*patrimonio cultural común*”.

⁸⁶ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009], pp. 343-367.

régimen al que pasan las obras de autores nacionales que salen de la protección del derecho patrimonial privado, por cualquier causa. Se incluye en ese concepto las obras del folclore, que se consideran propias del patrimonio cultural tradicional de la nación. En cambio, pertenecerían al “dominio público”, las obras extranjeras cuyo período de protección esté agotado.

Por tanto vemos, que en el ámbito del dominio público, no se trata sino de una colusión de derechos, haciendo un ejemplo podríamos confrontar los fines personales que existen en el derecho intelectual, con los fines sociales que existen en el dominio público de la propiedad intelectual, o también la función individual de la propiedad, con la función social que tiene esta, etc. Así se podrían dar infinitudes de contraposiciones entre un derecho y el otro.

Por tanto, como solución a esta controversia, a esta contraposición de derechos, existe una solución que será el *equilibrio de intereses*, equilibrio de intereses implica en todo caso una decisión política, que debe traducirse en lo jurídico, llevando a una conciliación de las posiciones entre el bien individual originado en los derechos intelectuales adquiridos y el bien común derivado del uso del patrimonio común o dominio público⁸⁷.

Este equilibrio de intereses debe ser permanente y duradero en el tiempo, ya que día a día el avance tecnológico hacen aparecer nuevas invenciones, nuevas técnicas, que hacen exigible redefinir el termino.

En nuestro país la discusión pública se centra en la necesidad del reforzamiento del respeto de las leyes de propiedad intelectual y el combate de la piratería. De tal manera, pareciera que únicamente con hacer cumplir la ley ya lograríamos promocionar la investigación y desarrollo, alcanzando con ello los niveles deseados de innovación. Pero queda de lado la necesidad de un equilibrio entre intereses individuales de los titulares de propiedad intelectual y los de la sociedad. Se echa de menos un debate público acerca de si acaso nuestra ley considera equitativamente los intereses de todos los actores involucrados en la propiedad intelectual.⁸⁸

Concluyendo creo que es indispensable el cumplimiento y respeto de las leyes de propiedad intelectual.

⁸⁷ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009], pp. 343-367.

⁸⁸ SCHMITZ VACCARO, Christian. [2009], pp. 343-367.

Pero igualmente debe quedar en claro al igual como lo señala Schmitz Vaccaro, la observancia de las leyes de propiedad intelectual, que utilizar adecuadamente las herramientas que fijan la extensión apropiada del dominio público, reviste igual trascendencia como la adecuada protección de los derechos intelectuales, a la hora de asegurar incentivos a investigadores y creadores.

Por consiguiente, el definir niveles de protección de los derechos intelectuales muy elevados o muy bajos, pone de igual forma en riesgo el desarrollo de innovaciones en el futuro. Ya que si hay poca protección a los derechos de propiedad intelectual se va a desincentivar el desarrollo tecnológico, artístico, y no se producirán innovaciones a futuro.

Es por ello que se hace indispensable fijar un cuidadoso equilibrio de la función individual y social de la propiedad intelectual, y eso es lo que denominamos equilibrio de intereses.

10.- Derecho y Comunicación.

a. Concepto de medios de comunicación según el léxico.

La Real Academia Española de la Lengua, señala por “*medios*”, *la cosa que puede servir para un determinado fin, y por “comunicación” manifiesta que es la transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor.*⁸⁹

De lo anteriormente señalado, podemos deducir que los medios de comunicación son un instrumento o herramienta social que cuentan los seres humanos con el objeto de manifestar o de hacer saber a alguien de algo ya sea de palabra o por escrito.

De lo anteriormente expuesto, es de suma relevancia señalar que el artículo 2º de la ley 19.733 “sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo” señala “*para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos, o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado*”.

Esta definición si bien reitera el concepto de medios, y el concepto de comunicación hace un distingio de suma relevancia el cual consiste en que la forma de transmitir debe ser estable y periódica para poder ser considerado.

⁸⁹ Diccionario de la Real Academia Española del Lenguaje.

b. Normas nacionales e internacionales que regulan la libertad de expresión.

La norma de mayor importancia que regula la libertad de expresión se encuentra en la Constitución Política de la República en el artículo 19° número 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.⁹⁰

Otro cuerpo normativo que protege la libertad de expresión es el pacto de San José de Costa Rica que, en su artículo 13 señala; *Libertad de pensamiento y de expresión.⁹¹*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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 otro procedimiento de su elección.

2. 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:

⁹⁰ CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 352.

⁹¹ Pacto de San José de Costa Rica.

a) *El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o la moral pública.*

3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o 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 cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la Ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. *Estará prohibida por la 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”.*

Existen también, otras leyes que regulan y protegen la libertad de expresión, como la ley 18.838 (Diario Oficial el 30 de septiembre de 1989), que crea el Consejo Nacional de Televisión.⁹²

También se encuentra la ley 19.846, (Diario Oficial 04 de enero de 2003) que regula la calificación de la producción cinematográfica, dando las distintas definiciones que se deben entender en el área cinematográfica, señalando las facultades del consejo de calificación cinematográfica, la competencia del mismo, etc.

El Reglamento de la ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica DS N° 18 (11 de Julio de 2003 en el Diario Oficial).⁹³

Por otra parte, existe una ley que a mi parecer es de suma relevancia en el ámbito de la libertad de expresión, N° 19.733 “Sobre libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo”, publicada el 04 de Junio del año 2001. Esta ley regula una gran cantidad de conceptos, establece un concepto o definición de lo que debemos entender por periodista, señala las formalidades de funcionamiento de los medios de comunicación

⁹² CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 352.

⁹³ CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 353.

social, del derecho de aclaración y rectificación, de las infracciones, de los delitos, de la responsabilidad y del procedimiento; este último tema es muy importante y que más adelante se desarrollará.

c. Libertad de expresión. Responsabilidad de los periodistas y de los medios de comunicación social.

Se ha señalado por muchos autores que la libertad de expresión, es uno de los derechos más esenciales, y más importantes que tiene el ser humano y que debe estar protegido tanto constitucionalmente como por las leyes.

¿Por qué tanta relevancia a la libertad de expresión, y por qué tanta preocupación por proteger este derecho?

La importancia según este memorista, radica en que toda concepción de Estado de Derecho o bien, todo Estado Democrático se fundamenta en la libertad de expresión puesto que, hoy en día este derecho constituye la promoción de la democracia y la autonomía individual.

La libertad de expresión es un pilar fundamental y argumento más que plausible para la autonomía de un individuo y la auto-realización personal, ya que en el mundo actual todos los individuos contamos con muchos derechos y pocas obligaciones, sin embargo un derecho que el hombre del siglo XXI entiende que es casi inalienable a sí mismo es la libertad de expresión, lo cual es totalmente verdadero, sin embargo, como todo derecho tiene un límite y está constituida por las responsabilidades tanto civiles y penales que puedan estar establecidas por la ley con anterioridad al hecho que se constituye un ilícito.

En cuanto a la libertad de expresión como piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, toma gran relevancia en la actualidad puesto que la única forma o más bien la idea preconcebida que se busca de orden de un determinado Estado es a través de un sistema democrático, y una expresión de la misma lo constituye la libertad de expresión, ya que en la actualidad parece casi inconcebible que el orden pueda asegurarse a través del temor a un castigo o desincentivando el pensamiento, la imaginación.⁹⁴

⁹⁴ <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art14.pdf>

Si bien, al día de hoy existen dictaduras y gobiernos antidemocráticos, la oportunidad de discutir libremente y de informarse de la mejor forma, a mi parecer sigue constituyendo la forma más óptima para poder vivir en sociedad.

En cuanto a la libertad de opinión e información propiamente tal, tengo que señalar que la libertad de expresión es un concepto genérico, que comprende la libertad de emitir opinión y la de informar, claramente estas dos libertades constituyen presupuestos básicos y definitivos en un Estado de Derecho.

En cuanto al concepto de opinión, el profesor José Luis Cea señala *“que la opinión es un juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia. Opina, en consecuencia, aquella persona que no está segura de lo que expresa, pero que tampoco desconoce por completo el asunto sobre el cual emite un juicio”* tal como lo señala *“constituye un rasgo esencial de nuestra naturaleza el hecho de formular opiniones, de las cuales se permite comunicar, dialogar, y que puede llevar a coincidencias o divergencias sobre una base racional y argumentada”*.

En cuanto a la información el profesor José Luis Cea señala *“que es el caudal de conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios, sean subjetivos o no. La información es sin duda, el supuesto o base de las opiniones porque estas requieren la libre difusión de mensajes, ya que sin información previa resulta inconcebible la posibilidad de formar opiniones”*.⁹⁵

Evidentemente existe un límite muy fino entre la información y la opinión ya que la información incluye el comentario subjetivo, es decir una opinión sobre los hechos objetivos, claramente se encuentran vinculados estos dos conceptos y hay que hacer un análisis muy sutil para poder distinguir el uno del otro, sin embargo debo señalar que cada concepto se retroalimenta del otro.

Hoy en día, no solamente se ha entendido a la libertad de expresión como un derecho individual, en el sentido de poder expresar o manifestar libremente, sin censura previa lo que una persona esté pensando, sino que también se ha agregado el carácter de derecho social, ya que es la comunidad quien tiene el derecho de recibir la información en particular de los medios de comunicación.⁹⁶

⁹⁵ CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 356.

⁹⁶ CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 354.

Indudablemente, la libertad de expresión es la libertad intelectual más amplia puesto que no solamente contempla el derecho a informar, sino que también el derecho a recibir información.

La Constitución Política de la República de Chile, al momento de proteger la libertad de expresión contempla una situación bastante trascendental y que consiste en que se puede ejercer la libertad de emitir opinión y la de informar, “...*sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de las responsabilidades...*”⁹⁷

El enunciado recientemente descrito toma relevancia ya que para opinar e informar no se necesita de permiso con antelación a la difusión de la opinión o información, es en este sentido que no existe una censura a priori, ya sea que provenga de la autoridad del estado o de particulares, ya que el instrumento que utiliza la Constitución como contrapeso a esta libertad de expresión, es la responsabilidad ya sea civil o penal que esté establecido por las Leyes de la República.

En cuanto a la censura en sí, según el profesor José Luis Cea “*es un impedimento u obstáculo que se sufre para expresarse libremente, como así mismo a la amenaza seria y actual de ser víctima de tal impedimento*”.⁹⁸

Si bien, como se señaló no existe una censura a priori, puede existir una autocensura y esto toma mucha relevancia en el sentido que la presión que pueden ejercer los poderes del estado, como así también órganos no gubernamentales, puede ser de tal magnitud que tácitamente el individuo se autocensure por miedo a la autoridad, por miedo a pagar una indemnización o porque se le imponga una conducta determinada, claramente el caso de la autocensura generado por presiones indirectas, si generarían una forma de censura previa, siempre y cuando el factor que genere esa autocensura sea de carácter ilícito ya que debemos destacar y señalar que si existen límites o bien factores que puedan generar una autocensura y que puedan ser de carácter lícitos, como se señaló el hecho de respetar la ley y así evitar la vulneración de la norma y las posteriores consecuencias que apareja la violación de la misma.

⁹⁷ Constitución Política de la República.

⁹⁸ CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 358.

Se puede señalar, que el sistema de responsabilidad que establece la constitución frente a la libertad de expresión claramente es una responsabilidad ex post, tema que será tratado más adelante.

Otro punto a destacar en el capítulo de la libertad de expresión, corresponde a lo señalado en el artículo 19° número 12 inciso tercero de la Constitución Política de la República de Chile, la cual señala “...*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...*” lo cual corresponde al derecho que tiene el ofendido o injustamente aludido, y que se manifiesta en la aclaración y replica, en este sentido debemos entender que el ofendido o injustamente aludido es una persona que ha sido dañada en su patrimonio moral y también en su patrimonio económico, tenga derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, esta materia se encuentra regulada con profundidad en la Ley 19.733 “Sobre libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo” de los artículos 16° a 21°. ⁹⁹

Existe una idea relevante que se debe destacar y que consiste en que la rectificación o aclaración no puede ser aplicado a la expresiones de opiniones o juicios en la página editorial de un diario o periódico, así como tampoco hay derecho a aclaración o rectificación en las apreciaciones realizadas en comentarios especializados de crítica política, literaria, artística etc.

Otra disposición de suma relevancia, que cabe destacar en esta oportunidad es que se establece que en ningún caso la ley podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social, sin embargo esta prohibición no solamente recae sobre el Estado sino que se extiende también a los particulares puesto que tampoco por Ley se puede obtener el monopolio privado de los medios de comunicación, ya que al existir un monopolio sería evidentemente una contradicción frente a la libertad de expresión, que es el presupuesto básico de un Estado de Derecho y además el hecho de existir un monopolio de los medios de comunicación sería una forma a priori de censurar a la misma. ¹⁰⁰

⁹⁹ MOLINA GUAITA, Hernán [1998], página 199, 200, 201.

¹⁰⁰ MOLINA GUAITA, Hernán [1998], página 199, 200, 201.

d. Jurisprudencia Comentada.

*Fallo de la Excelentísima Corte Suprema que prohíbe la exhibición pública del filme “La última tentación de Cristo”, así como también la sentencia dictada por la Corte Interamericana de derechos humanos, pronunciándose también sobre dicho filme, y pronunciándose sobre un determinado criterio en lo que corresponde a la libertad de expresión regulada y protegida por el Pacto de san José de Costa Rica.*¹⁰¹

En un primer momento en Chile se prohibió en principio la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, esta prohibición en cuanto a la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica fue determinado por el Consejo de Calificación Cinematográfica, el cual señalaba que tenía dichas facultades, puesto que era la misma Constitución Política de la República que en su artículo 19° número 12 inciso final señalaba “...la Ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica..”, al respecto la ley vigente es el DL 679 de 1974, cuyo reglamento fue aprobado por decreto 376 del Ministerio de Educación, por lo tanto el Consejo de Calificación estaba plenamente facultado para prohibir la exhibición.

Con posterioridad, el Consejo de Calificación Cinematográfica con facultades discrecionales procede a recalificarla permitiendo la exhibición de la película para mayores de 18 años.

Frente a la situación recientemente descrita solamente cabe analizar si el Consejo de Calificación Cinematográfica tiene o no la facultad legal de revisar discrecionalmente una resolución suya dictada con anterioridad, se plantea esta situación por la razón que en un primer momento cuando el consejo rechazó la exhibición del filme, se establecía la posibilidad de que el agraviado interpusiese un recurso administrativo ante un Tribunal de Apelación, este tribunal de alzada confirmó lo que había sido señalado por el consejo quedando firme lo señalado y por ende prohibiéndose la exhibición del filme.

Sin embargo, discrecionalmente es el mismo Consejo de Calificación Cinematográfica que con posterioridad y sin tener la potestad de revisión ya que no tiene la investidura legal para el mismo, recalifica el filme permitiendo su exhibición para mayores del 18 años.

¹⁰¹ SIERRA, Lucas. [1997] pp.17-26.

Acto sucesivo, se interpone un recurso de protección y quienes lo interponen sostienen que el agravio se habría producido a ellos mismos, a la persona de Jesucristo, y a la persona jurídica iglesia católica, que se presenta la figura de Jesucristo de tal modo deformada y humillada, que su honra aparece vulnerada gravemente, atribuyendo todo a una fantasía onírica, que al ofender, debilitar o deformar a la persona de Cristo, la persona cuestionada ofende y agravia a quienes como los recurrentes basan su fe en la persona de Cristo, Dios y hombre, y a partir de esa convicción y realidad asumen y dirigen sus propias vidas.

Frente a este recurso la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en 1996, al mismo tiempo la Corte Suprema de Chile confirma lo señalado por la Corte de Apelaciones en el sentido que se debe prohibir la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”.

Sin embargo, es la Corte Interamericana de derechos humanos que el 05 de febrero de 2001 pronuncia un fallo señalando que la prohibición de la exhibición de la película “La última Tentación de Cristo” constituyó una censura previa impuesta en violación al artículo 3° del Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte entiende que la responsabilidad del Estado se genera por violar la convención americana y que esta violación se genera tanto por acción u omisión, imputable al Estado determinado, en el caso en particular los fallos pronunciados por la Corte de Apelaciones de Santiago, y por la Corte Suprema de Chile vulneran el derecho a la libertad de expresión contemplados no tan solo en la Constitución política de la República, sino también en el Pacto de San José de Costa Rica.¹⁰²

Cabe señalar además, que todo tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente tiene el mismo valor de una Ley en conformidad a lo establecido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

A mi parecer evidentemente existe una censura a priori en lo que significa la libertad de expresión, ya que la prohibición impide de forma absoluta expresar o informar acerca de un hecho o acontecimiento determinado, nuestra Constitución es clara al respecto y establece que no debe existir censura previa sino mas bien establece responsabilidades que se deben encontrar señaladas en la ley, en este caso en particular se debería haber

¹⁰² CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 360, 361, 362, 363.

permitido la exhibición del filme sin perjuicio de que los afectados o más perjudicados, tuviesen la oportunidad de poder presentar sus demandas ya sea de carácter civil o penal, buscando a los responsables en el evento de que se hubiese cometido un hecho ilícito, por tanto el hecho de prohibir la exhibición, simplemente por considerar que constituye una vulneración a un grupo determinado no es fundamento suficiente para limitar la libertad de expresión ya que como he señalado esta última es el motor del Estado de Derecho y de un Estado Democrático, es por esta misma razón que a continuación se señalarán las vías o los instrumentos que se pueden utilizar para poder contrarrestar la libertad de expresión y no se convierta así en un libertinaje de pensamiento, basándonos esencialmente en el principio de la responsabilidad.

e. Responsabilidad civil y penal de los periodistas.¹⁰³

Este tema es de suma relevancia por la razón que todos tenemos el derecho de ejercer la libertad de expresión, puesto que está protegido constitucionalmente, no es menos cierto que los periodistas en virtud de su profesión siempre se encuentran en el límite al momento de poder ejercer su derecho a la libertad de expresión, ya que al tener los periodistas la oportunidad constante de dar a conocer su opinión, a través de los medios de comunicación, ya sea televisión, radio, o prensa escrita; la responsabilidad ya sea civil o penal pasa a ser trascendental puesto que se pueden generar consecuencias negativas, si existe un mal uso del instrumento que constituye el medio de comunicación; a continuación se señalará brevemente la responsabilidad penal que recae sobre los periodistas, y se desarrollará con mayor detención la responsabilidad civil de los mismos.

Si bien son muchos los que han señalado que en un Estado de Derecho la premisa básica la constituye la libertad de expresión, es de relevancia también reconocer que es extremadamente necesario un sistema de responsabilidad en el cual el emisor tome conciencia y se haga responsable de lo que está comunicando, evidentemente este sistema de responsabilidad va de la mano de un Estado Democrático, puesto que no censura previamente al emisor, pero sí le llama la atención y le hace ver que debe tener mucho cuidado al momento de emitir una opinión.

Sobre el particular, debo señalar que es la ley 19.733 sobre *“Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo”*, la que en su párrafo 3º *“De los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social”*, señala la responsabilidad penal que se incurre y que consiste en el delito de calumnia e injuria.

¹⁰³ Ley 19.733 “Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo”.

En cuanto al Delito de Injuria, nuestro Código Penal en el artículo 416° señala “*es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descredito o menosprecio de otra persona*” en este caso en particular el bien jurídico protegido es el honor, al cual la Real Academia Española la define “*la cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos*”, en este sentido el honor correspondería a la reputación que se atribuye a la virtud, es decir, la opinión que otros tienen respecto a nosotros, por tanto estaríamos injuriando a alguien cuando lesionamos el honor de una persona por medio de la palabra oral, o de la palabra escrita.

En el caso del periodista se estaría injuriando ya que al ejecutar una determinada acción generaría esta una deshonra, descredito o menosprecio en otra persona, además es relevante señalar que si existe un *animus injuriandi*, ya que el periodista al momento de emitir la opinión, busca desacreditar o deshonrar a otra persona, pero para ello es menester acreditar el dolo propio en esta figura determinada, sin embargo es de relevancia señalar que se presume que el periodista es una persona instruida y con conocimiento, por ende quien deberá acreditar que hubo culpa y no dolo será el mismo periodista y no quien lo acusa de cometer el delito de injuria ya que este último se dedicara en forma exclusiva a acreditar el dolo.

Es importante también señalar que la Ley 19.733, en su artículo 29 inciso 2, señala “*no constituyen injuria las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar*”.

Otra figura penal en cuanto a la responsabilidad de los periodistas, es el delito de calumnia el cual consiste según el código penal en su artículo 412° “*en la imputación de un delito determinado pero falso y que actualmente pueda perseguirse de oficio*”¹⁰⁴, la Real Academia Española define imputar como; *atribuir a otro una culpa, delito o acción*,¹⁰⁵ se debe tener presente que en el caso de la calumnia solamente se castiga el crimen o el simple delito no así la falta, es decir, solo se castiga la atribución de crímenes o simples delitos determinados pero falsos, y actualmente perseguibles de oficio.

Un punto a destacar en la figura de la calumnia es que el delito imputado debe ser determinado, se debe individualizar el hecho con todas las circunstancias concurrentes; por ejemplo el decir “tú eres ladrón” no es una calumnia porque no está determinado, pero sí puede constituir una injuria.

¹⁰⁴ Código Penal de Chile.

¹⁰⁵ Diccionario de la Real Academia Española del Lenguaje.

Al señalar que debe ser falso, significa que falten elementos del tipo, lo cual impide que sea constitutivo de delito, y cuando se destaca que sea perseguible de oficio, lo que se está señalando en estricto rigor es que se ponga en movimiento la acción penal correspondiente, y por la misma razón no pueden ser perseguibles de oficio los delitos de acción penal privada.

Es importante señalar que ha sido suprimida la difamación, la cual era una figura penal carente de tipificación legal y que por lo demás era una figura confusa y además peligrosa en lo que respecta a la libertad de expresión, fue eliminada al momento en que se reemplazó el artículo 6º letra b) de la Ley sobre Seguridad del Estado.¹⁰⁶

En cuanto a la responsabilidad civil, esencialmente se desarrollara la responsabilidad de carácter extracontractual que dará origen a una indemnización de perjuicio producto de un actuar culpable o doloso en que se ha agraviado injustamente a un tercero, sin perjuicio de ello, no se desarrollará en este tópico la responsabilidad contractual del periodista.¹⁰⁷

Muchos periodistas se han escudado en la concepción de Estado Democrático, para señalar que un sistema de responsabilidad de carácter civil es incompatible con un Estado de Derecho, puesto que en la práctica el sistema de responsabilidad no es más que una forma de coacción de la libertad de expresión que está amparada por la Constitución Política de la Republica.

Sin embargo, en este sentido concuerdo plenamente con lo señalado por el profesor Hernán Corral Talciani, el cual señala “... es cierto que un sistema de responsabilidad civil inhibe la realización de conductas lesivas y en este sentido siempre genera una especie de autocensura previa...”, “... esto no es más que una de las funciones típicas de la responsabilidad civil...”, “...la responsabilidad civil no puede ser entendida como una cortapisa a la libertad de prensa, sino como un aliciente para que ella se ejerza de un modo lícito y sin causar daños innecesarios a otros...”.¹⁰⁸

La norma más fundamental sobre la responsabilidad civil o penal en cuanto a el derecho a ejercer libremente la libertad de expresión, está consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, la cual consagra la libertad de opinión y la de informar “...sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el

¹⁰⁶ CEA EGAÑA, José Luis. [2004], página 386.

¹⁰⁷ <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

¹⁰⁸ <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado...”.

Esta misma idea es recogida por la Ley 19.733, en su artículo 1° que también contempla la situación de la libertad de opinión y la informar sin censura previa, destacando que todo esto es sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley.

En el caso en particular y que concierne o en lo que respecta a la responsabilidad civil se encuentra regulado por el artículo 2314° del Código Civil, el cual señala *“el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.*

En cuanto a los elementos de la responsabilidad del periodista según Hernán Corral Talciani son:¹⁰⁹

a) Conducta lesiva. Los derechos a la honra, vida privada, imagen e identidad.

La conducta lesiva que genera vulneración de derechos, se encuentra tipificada legalmente ya que es la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 4, la cual protege el derecho a la honra y el derecho a la intimidad o vida privada, ha sido la doctrina y la legislación extranjera quienes han agregado el derecho a la propia imagen y el derecho a la identidad.

Se lesiona la honra cuando *“se menoscaba injustamente el honor o reputación de que goza una persona o incluso cuando se le denigra con expresiones o imágenes humillantes que hieren la dignidad humana que merece hasta el delincuente mas degenerado”.*

Se lesiona la intimidad o vida privada cuando de dos formas:

- a. *“mediante la intrusión en un espacio o ámbito de relaciones en que toda persona tiene la legítima expectativa de excluir la presencia o conocimiento de terceros extraños”.*
- b. *“mediante la difusión de la información obtenida violando aquel ámbito de privacidad”*

¹⁰⁹ <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

Se lesiona el derecho a la imagen cuando “*se utilizan sin consentimiento de la persona afectada fotografías, imágenes audiovisuales, para objetivos comerciales o de mayor venta o rating del respectivo medio*”.¹¹⁰

b) La antijuridicidad de la conducta. Responsabilidad civil derivada del delito. Causales de exoneración de responsabilidad.

Sobre este particular se ha desarrollado con anterioridad la tipificación de las figuras penales en las que se incurre cuando se vulneran derechos constitucionales excediéndose en el derecho de libertad de opinión y de informar, sin embargo es de relevancia señalar en este punto que las figuras penales de la injuria y la calumnia dan derecho a indemnización, por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, como bien lo señala el artículo 40° inciso 2 de la Ley 19.733, lo cual facilita que se pueda ejercer una acción civil en sede penal como así lo señala el párrafo 2° del título III del libro I del Código Procesal Penal, ya que la responsabilidad civil del periodista se puede perseguir separadamente de la responsabilidad penal habrá que acreditar de forma separada la conducta culpable o dolosa que ha generado la responsabilidad extracontractual.¹¹¹

En cuanto a las causales de exoneración de responsabilidad¹¹², se contempla:

- i. La autorización de la víctima, la cual de forma voluntaria legítima la conducta del periodista, sin embargo esta autorización solamente puede operar en los casos de intimidad y de imagen y no del honor, ya que este derecho es irrenunciable e indisponible puesto que tiene valor constitucional y es propio de la dignidad de toda persona.
- ii. Personas de figuración pública, los periodistas se escudan y señalan que las personas que tienen un relieve social y que son de interés público y que al mismo tiempo se exponen constantemente a la industria del espectáculo, estarían consintiendo tácitamente en que el periodista pueda informar e inmiscuirse en la vida privada del personaje público. Sin embargo, se ha señalado que por el simple hecho de ser una figura pública no se está renunciando al derecho de tener intimidad, privacidad y honor.

¹¹⁰ <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

¹¹¹ <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

¹¹² <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

- iii. El interés público y las personas que desempeñan cargos públicos, se señala que “... *si existe un interés para el bien público o sea para el funcionamiento recto, probo y transparente de las instituciones y del Estado de Derecho...*”, se puede exonerar de responsabilidad al periodista que haciendo ejercicio de la libertad de expresión lesiona la honra o la intimidad de terceras personas. Es preciso destacar “*que no se trata meramente que sea de interés para el público (cuestión de curiosidad o morbosidad colectiva) sino en interés de la sociedad*” esta figura se encuentra regulada por el artículo 30 de la Ley 19.733.
- iv. El ejercicio legítimo de un derecho, esta figura se encuentra fundamentada por un ejercicio extremado de lo que implica el derecho a la libertad de expresión, y más precisamente el de libertad de opinión e información sin censura previa que se encuentran protegidos por la constitución, ya se ha señalado con anterioridad que hay muchos que pregonan la idea de que la libertad de expresión es el supuesto básico de todo estado de derecho, sin embargo no se debe olvidar que existen varios derechos constitucionales y que todo derecho tiene aparejado una obligación por ende, se debe analizar el caso en particular por los tribunales de justicia, resolviendo en cada caso y priorizando en caso de conflictos de derecho.

c) El factor de imputación.

El factor de imputación, se debe tener presente que en cuanto a la responsabilidad extracontractual basta solamente con acreditar culpa y además no es necesario un tipo especial de culpa ya que se discute doctrinariamente cuál es la necesaria para que proceda la indemnización correspondiente, esto último se distingue de las figuras penales que se encuentran tipificadas en el Código Penal, puesto que en el caso del delito de injuria se debe acreditar el *animus injuriandi*, y que corresponde al dolo con el que actuó la persona que lesionó los derechos de un tercero.

d) El daño. Relación de causalidad entre la conducta lesiva y el daño.

Los distintos tipos de daño que se dan son, el daño moral, el daño emergente y el lucro cesante, estos temas han sido bastante desarrollados por la doctrina, sin embargo, la trascendencia que tienen estos tipos de daños en cuanto a la responsabilidad civil de los periodistas es la siguiente; si se ejerce la acción civil de forma autónoma el artículo 2331° del Código Civil manifiesta que las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una

persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante.¹¹³

En cambio, si se hace valer la responsabilidad penal y producto de esto último se ejerce la acción civil en sede penal, se aplica el artículo 29° de la Ley 19.733 la cual señala que *“se dará derecho a indemnización por el daño emergente, lucro cesante, y daño moral”* de lo cual podemos concluir que la acción civil ejercida de forma autónoma no da derecho para reclamar el daño moral, ya que aplicaríamos el 2331° del Código Civil pero si se ejerce la acción penal y la acción civil en sede penal vamos a tener que aplicar el artículo 29° de la Ley 19.733.

Evidentemente debemos acreditar el nexo de causalidad entre el daño que se ha producido y la conducta lesiva que ha sido ejercida por el periodista vulnerando los derechos constitucionales señalados con anterioridad.

La expansión de la responsabilidad del periodista a otros sujetos.¹¹⁴

El artículo 2317° del Código Civil es claro al establecer una responsabilidad solidaria por coautoría, en este caso sería responsable no tan solo el periodista que hace la nota o el reportaje lesivo, sino también el editor o director que la autoriza; complementando la norma antes señalado se encuentra el artículo 39° inciso 2 de la Ley 19.733 el cual señala *“se considerará también autor, tratándose de los medios de comunicación social, el director o a quien legalmente lo reemplace al efectuarse la publicación o difusión, salvo que se acredite que no hubo negligencia de su parte”*, claramente esta norma viene a ampliar el régimen de responsabilidad solidaria sin embargo, establece una pequeña excepción que es el hecho de acreditar que no hubo negligencia, situación por lo demás de suma dificultad ya que, por el grado de conocimiento y experticia que debiese tener un editor o director, hace casi nulo esta causal de excepción de responsabilidad.¹¹⁵

¹¹³ Código Civil de Chile.

¹¹⁴ <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

¹¹⁵ <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

Síntesis General.

El presente estudio se inicia con el interés por parte de un estudiante de derecho de interrelacionar el Derecho con las otras áreas del saber, buscando comprender de mejor manera e intentando dilucidar cuál es el vínculo que tiene el Derecho para con la cultura.

Este análisis se genera con el objetivo de intentar buscar el origen o el fin último del Derecho, ya que hoy en día en virtud al flujo constante e ilimitado de ideas pareciera ser que el Derecho es una pieza fundamental que no puede coexistir por sí mismo, sino que evidentemente requiere otras áreas del saber para avanzar de mejor forma.

El **CAPITULO I, en su primer apartado –planteamiento-**, busca establecer las concepciones fundamentales y básicas que se deben tener para poder interrelacionar al Derecho con las distintas áreas del saber y que para esta parte forman una amalgama que se denomina cultura.

El **segundo apartado**, establece un concepto de cultura conocido por todos, el cual se encuentra desarrollado en la Real Academia Española de la Lengua, el objetivo primordial de esto no es dar una definición absoluta e inequívoca de cultura, sino mas bien centrarnos en el horizonte de la cultura y así poder relacionarlo con los elementos, que para el memorista influyen en forma determinante en la cultura propiamente tal.

El **tercer apartado**, se alude a una gran cantidad de definiciones que según diversos autores han dado de cultura, el objetivo primordial de esto es manifestar que el ser humano o más bien el hombre a través de los años siempre ha buscado la forma de delimitar la concepción de cultura, prueba de ello son las definiciones de Kroeber (**p.5**), así como también la de Niebuhr (**p.6**), y la prueba más fehaciente de lo recientemente descrito es la definición que da la UNESCO en su “Declaración de México de 1982 (**p.6**)”.

El **cuarto apartado**, si bien existen tantas definiciones de cultura como autores que se manifiestan sobre la misma, no es menos cierto que para poder desarrollar una memoria, se debe escoger al menos una de ellas para tener una base para un desarrollo sustentable, que lleve a conclusiones que partan de premisas válidas de parte de quien emite el juicio, en este caso el memorista. En el caso en comento he escogido la definición académica de cultura que se imparte en la asignatura de Teoría general del Derecho, la cual señala “cultura es lo que se circunscribe a todo aquello que corresponde a los impulsos humanos de conocer, crear, creer y comunicar; incluyendo los resultados de estos impulsos, es decir las ciencias, las artes, la religión y las comunicaciones”.

El **quinto apartado**, desarrolla la concepción que los tratados de patrimonio cultural material e inmaterial han intentado definir por cultura, al respecto se alude en un primer momento al “Tratado de la protección del patrimonio mundial, cultural y natural” suscrito en UNESCO, París en el año 1972, la definición que se da es un avance en lo que respecta a la protección de todos los bienes materiales que comprende lo que se entiende por cultura, sin embargo se es claro al señalar en la memoria que no fue cubierto el patrimonio inmaterial en un primer momento, sin embargo dicha omisión fue cubierta con posterioridad por otro tratado el cual es el “La convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” de la UNESCO.

En lo que respecta al **CAPITULO II, -Influjo del derecho en la cultura-**, este capítulo se desarrolla basado en uno de los conceptos de cultura que se desarrolló en el capítulo anterior, la definición con la que trabaja este memorista es la definición académica de cultura y en base a esto se interrelaciona con las diversas áreas del saber que en su conjunto forman esta amalgama denominada cultura.

El **séptimo apartado**, desarrolla la idea del derecho y la religión, para ello se alude a una definición de público conocimiento como es el concepto de religión que se encuentra en la Real Academia Española de la Lengua, acto seguido se dan a conocer las normas nacionales e internacionales que regulan la religión, desarrollando de forma breve la normativa que se encuentra en nuestra Constitución Política de la República, como así también en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. El punto de mayor trascendencia en la relación que existe entre derecho y religión; son los derechos que emanan de la misma, y con esto me refiero a la libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de cultos, estos tres tópicos se desarrollan en forma extensiva en este apartado.

Especial dedicación tiene un tema de suma relevancia y que está constituido por la objeción de conciencia, herramienta jurídica que es utilizada en muchos Ordenamientos Jurídicos y que proviene de épocas de antaño, variados son los ejemplos de objeción de conciencia que se desarrollan como la objeción de conciencia al servicio militar, la objeción de conciencia a trabajar el día sábado por motivos de creencias religiosas, la objeción fiscal, el sometimiento obligatorio a tratamientos médicos (**p.19-20**). La objeción de conciencia mas discutida y de bastante actualidad en Chile es tratada brevemente (**p.21-23**) y que dice relación con la objeción de conciencia que ejercen la grandes empresas farmacéuticas en lo que respecta a la venta de productos farmacéuticos, en especial la píldora del día después.

El último punto de este apartado, está constituido por una jurisprudencia comentada en la que la Corte Europea de Derechos Humanos dicta una sentencia señalando que existe una violación al Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, vulnerando el derecho a la libertad religiosa.

El **octavo apartado**, se pronuncia sobre la relación que existe entre el derecho y la ciencia, para ello como ha sido característico por parte de este memorista, se da una definición base de ciencia según la Real Academia Española de la Lengua, en el siguiente enunciado se da a conocer la normativa nacional e internacional que regula la ciencia, dejando a la vista la ausencia de regulación que existe sobre esta materia puesto que en Chile nos basamos esencialmente en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y en la Ley 20.120 sobre “La investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana”.

En este apartado se desarrolla la problemática de la medicina reproductiva, dejando en claro que la medicina reproductiva, genera interrogantes que a la fecha en nuestro país no han sido posibles de resolver, dichas interrogantes son ¿Qué sucede con los embriones crioconservados en el caso de un futuro divorcio? ¿Cuál será el futuro de dichos embriones a la muerte de uno o de ambos padres? ¿Quién decide el destino de dichos embriones crioconservados?.

En virtud de tantas interrogantes señaladas, es inevitable desarrollar el tema de la eliminación de los embriones crioconservados, situación que en Chile no tiene normativa o regulación alguna, tal como se concluye en la memoria (p.32-34), se da espacio a la imaginación de cada individuo, buscando amparo en legislación extranjeras para intentar dar sentido al actual de cada ciudadano.

El **noveno apartado**, desarrolla la idea del derecho y el arte, para ello se alude a una definición de público conocimiento como es el concepto de artes que se encuentra en la Real Academia Española de la Lengua, se intenta buscar en el origen de la historia del hombre la trascendencia que tiene el arte y sus diversas manifestaciones, con el objeto de relacionar en forma directa con el derecho; dando paso al tema sobre los derechos sobre las obras musicales y las prestaciones artísticas, dando a conocer los derechos patrimoniales de autor y los derechos denominados conexos, al mismo tiempo se busca dar a conocer los puntos más relevantes sobre la propiedad intelectual tales como el dominio público, el derecho de autor, el equilibrio de intereses. Este memorista deja constancia en la memoria de que existe una opinión minoritaria y que es fuertemente opositora a la regulación del derecho a la propiedad intelectual (p.45).

El **décimo apartado**, -ultimo del capítulo II- también se desarrolla el tema en base a un concepto conocido que nos proporciona la Real Academia Española de la Lengua, en lo que respecta a lo que entendemos por medios de comunicación, se desarrolla el tema acto seguido en base a la normativa nacional e internacional, en su mayoría de rango constitucional contemplado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República.

Acto seguido, intento no solamente desarrollar el tema de la libertad de expresión, sino que desarrollar la consecuencia inmediata y exacerbada de la misma, lo cual genera el tópico de la responsabilidad de los periodistas y de los medios de comunicación social, desarrollando en forma extensa tanto la responsabilidad civil como la responsabilidad penal que tienen los profesionales del área de la comunicación como son los periodistas.

Otro tema de suma relevancia a tratar dentro de este apartado, lo constituye la jurisprudencia comentada en base a un fallo de la Excelentísima Corte Suprema que prohíbe la exhibición pública del filme “La ultima tentación de Cristo”, así como también la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciándose también sobre dicho filme, y pronunciándose sobre un determinado criterio en lo que corresponde a la libertad de expresión regulada y protegida por el Pacto de San José de Costa Rica.

Es por ello, que a título personal y después de hacer un análisis exhaustivo de la cultura y de los factores que comprenden a la misma, así como también del derecho, puedo señalar que nosotros los seres humanos, acostumbrados a cosificar, encuadrar y etiquetar toda obra o creación del hombre, hemos buscado la forma de delimitar la concepción de cultura, empero, de una forma implícita y tácita debemos entender que en virtud al desarrollo abismante, constante y acelerado que tiene el mundo de hoy, se ha generado una multiculturalidad, una suerte de multidireccionalidad en el sentido que no podemos encasillar la cultura en una área determinada, sino que más bien debemos comprender, para así relacionar los distintos factores culturales como lo son la ciencia, la religión, la comunicación y el arte.

Es de suma relevancia, reconocer y manifestar de forma pública que una de las herramientas con las cuales cuenta el ser humano para tratar de ordenar pero no así de etiquetar o encasillar es el Derecho, factor cultural que se interrelaciona, mezcla, y convive con los diversos factores culturales tratando de dar un orden o regulación a los impulsos de las mismas, los cuales son el conocer, el crear, el creer y el comunicar.

Bibliografía.

Obras Doctrinarias:

___AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. *La Objeción de conciencia, imperativo moral y jurídico*. Revista Podium N° 32, México, 2005.

___CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.

___DEAL, Terrence y KENNEDY, Allan. *Las empresas como sistemas culturales: ritos y rituales de la vida organizacional*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1985.

___GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *El Sistema Filiativo Chileno*, 1 edición, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

___LESSEM, Ronnie. *Gestión de la cultura corporativa*. Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1990.

___LUCAS, Antonio y GARCÍA, Pablo. *Sociología de las organizaciones*. Madrid, Mc Graw Hill, 2002.

___MOLINA GUAITA, Hernán. *Derecho Constitucional*, Universidad de Concepción, 4ª edición, 1998.

___PEDRALS, Antonio. *Anuario de Filosofía Jurídica, Intervención en los procesos de procreación humana. Consideraciones desde los Estudios Generales del Derecho*. Edeval, Valparaíso de Chile. 1991.

___PEDRALS, Antonio. *Apuntes Cátedra Teoría General de Derecho*, 2008.

___PEDRALS, Antonio. *Apuntes Cátedra Teoría General del Derecho*, 2010.

___Revista Chilena de Derecho. *Notas sobre la Objeción de conciencia y la venta de productos farmacéuticos*. 2007, volumen 34 N° 3.

Material de Internet:

___MOMBERG URIBE, Rodrigo (2001): *EL PROBLEMA DE LOS EMBRIONES CRIOPRESERVADOS: Análisis de la Jurisprudencia y Doctrina de los EE.UU. en Rev. derecho (Valdivia)*. [online], vol.12, no.2 [citado 13 Septiembre 2010], p.199-205.

Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl>

___NOGUEIRA ALCALA, Humberto. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis* [online]. 2006, vol.12, n.2 [citado 2010-04-17], pp. 13.

Disponible en: <http://www.scielo.cl>

___PUERTO, Juan José. LA CONSIDERACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. *Acta bioeth.* [online]. 2000, vol.6, n.1 [citado 2010-04-11], pp. 125-140.

Disponible en: <http://www.scielo.cl>

___SCHMITZ VACCARO, Christian. PROPIEDAD INTELECTUAL, DOMINIO PÚBLICO Y EQUILIBRIO DE INTERESES. *Rev. chil. derecho* [online]. 2009, vol.36, n.2 [citado 2011-03-13], pp. 343-367.

Disponible en: <http://www.scielo.cl>

___SIERRA, Lucas. PLURALISMO Y COMUNICACION SOCIAL: LIBERTAD DE EXPRESION Y DOS CONCEPTOS DE LIBERTAD. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1997, vol.8 supl. [citado 21 Noviembre 2010], p.17-26.

Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl>

___ZUNIGA ANAZCO, Yanira. SENTENCIA SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS). *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2005, vol.18, n.1 [citado 2010-11-21], pp. 169-287.

Disponible en: <http://www.scielo.cl>

___<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1428>

___<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=643>

___http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf

___<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

___http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_biological_weapons?OpenDocument

___<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/6/art/art2.htm>

___<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art14.pdf>

___www.rae.es

___ <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n3/art04.pdf>

___ <http://www.wipo.int/copyright/es/>

Textos Positivos:

___ Constitución Política de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009.

___ Código Penal de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

___ Código Civil de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2011.

___ Declaración de México de la Unesco año 1982.

___ Ley 20.120. Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Diario Oficial 22 de Septiembre 2006.

___ Ley 17.336. Sobre la Propiedad Intelectual. Diario Oficial 02 de Octubre de 1970.

___ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diario Oficial 29 de abril de 1989.

___ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Diario Oficial 27 de mayo de 1989.

___ Pacto de San José de Costa Rica. Diario Oficial 30 de Noviembre de 1971.

___ La Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. Diario Oficial 12 de Mayo de 1980.

___ La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco. Diario Oficial 13 de Marzo de 2009.