

Chile

**CASO "LA ÚLTIMA
TENTACIÓN DE CRISTO"**
Reflexiones en torno
al primer fallo sobre
libertad de expresión
en el sistema americano
de derechos humanos

Alex Muñoz Wilson*

1. Introducción

Desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también Corte IDH) inició su funcionamiento, su jurisprudencia ha constituido uno de los principales factores de evolución del Sistema Americano de protección del cual forma parte. Tanto las sentencias definitivas dictadas en los casos contenciosos como sus opiniones consultivas requeridas por los Estados o por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también CIDH) han, en ocasiones, iluminado la real dimensión y extensión de los derechos fundamentales que está llamada a proteger y en otras tantas, ha logrado plasmar y concretar los avances que ya se percibían en los círculos de activistas y académicos dedicados al tema, en ambos casos siempre con miras a satisfacer las pretensiones de fortalecimiento de los mecanismos cautelares de los derechos que emanan de la dignidad humana.

Desde esa perspectiva, siempre es alentador estudiar las recientes manifestaciones de este órgano jurisdiccional para conocer en qué medida se ha progresado en nuestro continente en la protección y tratamiento de los derechos humanos y qué avances han quedado por ahora inconclusos o pendientes, sobretodo cuando se trata de

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Peticionario en el caso "La Última Tentación de Cristo".

materias que no han sido abordadas anteriormente en casos concretos. Este es el caso de la sentencia dictada a raíz de la censura en Chile de la película "La Última Tentación de Cristo", dirigida por Martín Scorsese y basada en el libro del griego Niko Katsansakis. Este caso es el primero que versa netamente sobre libertad de expresión en la región y que realiza su completa tramitación hasta su conocimiento por la Corte IDH. Es también la primera vez que se dicta una sentencia condenatoria de esta naturaleza en contra del Estado chileno, aunque dicho Estado mantiene actualmente otras veinticinco denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violar la libertad de expresión, lo que ilustra las dificultades que ha experimentado la protección de este derecho, aún después del regreso a la democracia en 1990.

En el presente trabajo nos abocaremos al estudio de los aportes logrados y consolidados a partir del dictado de este esperado fallo y, al mismo tiempo, intentaremos advertir aquellos aspectos en que, a mi juicio, la Corte Interamericana prefirió ser más conservadora, postergando ciertos avances que, estimo, era oportuno realizar, considerando el grado de madurez alcanzado por los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).

2. Historia del caso

El año 1988 se estrenó la película "La Última Tentación de Cristo", uno de los filmes más controvertidos realizados en las últimas décadas, principalmente debido a las reacciones, algunas de ellas verdaderamente sorprendentes, de personas y grupos ligados a la sensibilidad religiosa católica o simplemente cristiana. En Chile y en otros países de si-

millar raigambre cultural, agrupaciones de corte fanático protagonizaron fuertes manifestaciones de rechazo y condena frente a lo que consideraron un agravio inaceptable en contra suya y de quien consideran su líder espiritual y principal inspirador de vida.

La película plantea, entre otros temas, una hipótesis sobre lo que habría pasado si Jesús hubiera rechazado la divinidad y continuado viviendo como hombre luego de su crucifixión. Se muestra a un Jesús temeroso e inseguro, muy humano, atormentado por el destino que se le ha anunciado, es decir, morir para salvar a la humanidad. Luego de resistir las tentaciones retratadas simbólicamente en su viaje al desierto, Jesús predica su palabra junto con los Apóstoles hasta el momento en que es crucificado. En ese momento, un ángel que dice ser enviado por Dios, le hace ver que ya ha cumplido su misión y que su muerte no es necesaria y, por lo tanto, puede bajarse de la cruz y hacer una vida como cualquier hombre. De ahí en adelante prosigue aquella parte de la historia que ha concitado la mayor resistencia e intolerancia de los grupos más conservadores de nuestra sociedad.

En Chile, la película no tardó en ser rechazada en 1989 por el Consejo de Calificación Cinematográfica¹, con lo cual se prohibió por primera vez su exhibición. En 1996, la distribuidora United International Pictures, pensando que la llegada a la democracia implicaría una apertura a la tolerancia y el respeto a la diversidad de ideas, solicitó la

¹ Decreto Ley N° 679 de 1974, artículo 1°.- Créase el Consejo de Calificación Cinematográfica, organismo técnico que dependerá directamente del Ministerio de Educación Pública a través de su Subsecretaría, y cuya misión será orientar la exhibición cinematográfica en el país y efectuar la calificación de las películas de acuerdo con las normas que en este decreto ley se establecen.

recalificación de la cinta ante el mismo Consejo de Calificación, solicitud que fue finalmente acogida, permitiéndose, entonces, su exhibición para el público mayor de dieciocho años. A juicio del Consejo, existían nuevos antecedentes históricos, culturales y sociales de mérito suficientes para revisar su decisión anterior. Frente a esta situación y con la película ya anunciada en los cines del país, siete abogados miembros de la agrupación "El Porvenir de Chile", a nombre propio, de la persona de Jesucristo y de la Iglesia Católica interpusieron el 12 de Noviembre de 1997 un recurso de protección² aduciendo que la resolución que autorizaba a ver públicamente la película era arbitraria e ilegal puesto que atentaba contra la honra de Jesús (resucitado o difunto) y de los cristianos vivos, incluyendo entre éstos a la propia Iglesia Católica y los recurrentes, además de afectar su libertad de conciencia consagrada en la Constitución Política de la República de Chile. En definitiva, solicitaban que se prohibiera la exhibición pública y privada de la película, que se requisaran todas las copias que se encontraran en Chile y que éstas fueran destruidas.

En la causa judicial formada a propósito del recurso de protección, el Consejo de Defensa del Estado³ asumió la defensa del Consejo de Calificación Cinematográfica y defendió la legalidad de la resolución emitida. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago, finalmente acogió el recurso y dispuso la censura de la obra.

² Acción constitucional contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile.

³ El Consejo de Defensa del Estado un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos Ministerios. Tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado.

Al conocer la sentencia de primera instancia, cuatro estudiantes de Derecho de la Universidad de Chile, Claudio Márquez, Alex Muñoz, Matías Insunza y Hernán Aguirre, por una serie de motivaciones ciudadanas, políticas e incluso académicas, decidimos hacernos parte en la apelación de dicho recurso de protección. Sin embargo, la Corte Suprema, desconociendo todos los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, rechazó nuestra apelación, confirmando así la censura antes impuesta.

En vista de lo resuelto, decidimos recurrir a las instancias internacionales que nuestro ordenamiento jurídico reconoce para solicitar que se dejara sin efecto lo decretado y, en definitiva, se restituyera el ejercicio de nuestra libertad de expresión. En Septiembre de 1997, junto con los abogados Ciro Colombara y Juan Pablo Olmedo y con el patrocinio de la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G., presentamos nuestro caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, luego de un riguroso análisis resolvió demandar al Estado chileno por su responsabilidad en los hechos denunciados, a saber, la violación de la libertad de expresión y de conciencia de los denunciados y de todos los habitantes de la República de Chile.

Es importante destacar que el Estado de Chile se inserta plenamente en el Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos por ser miembro de la OEA, por haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1990 y por haber reconocido la competencia de la Comisión y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1991, lo que implica que está en la obligación de cumplir las normas que lo sustentan y acatar las resoluciones emanadas de sus órganos de protección.

El 18 de Noviembre de 1999, se realizaron en San José de Costa Rica las audiencias orales ante la Corte Intera-

americana de Derechos Humanos con la comparecencia de la Comisión Interamericana y los representantes del Estado de Chile, el embajador Edmundo Vargas Carreño y el jefe de la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería chilena Alejandro Salinas. En dicha ocasión prestaron declaración los testigos ofrecidos por la Comisión, se recibieron los alegatos de ambas partes y se rindieron los informes de los peritos. Estos últimos expusieron sobre los alcances jurídicos, especialmente constitucionales, de la libertad de expresión, el grado de satisfacción de los estándares de protección, la incorporación del derecho internacional a nuestro ordenamiento jurídico y la validez de los fallos de la Corte IDH en Chile, entre otros aspectos. Finalmente, el 5 de Febrero de 2001, se dictó la sentencia definitiva en este caso, la cual declara que el Estado de Chile incurrió en responsabilidad internacional al violar la libertad de expresión de las víctimas denunciantes y de incumplir las obligaciones de respetar y garantizar este derecho. No obstante, declaró que el Estado no había coartado la libertad de conciencia de los peticionarios. El fallo obligó al Estado a cumplir una serie de prestaciones destinadas a restablecer los derechos vulnerados. Su parte resolutive señaló lo siguiente:

"103. Por tanto, la corte, por unanimidad,

1. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

2. declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutive 1 de la presente Sentencia.

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo', y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

5. decide, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de U\$S 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

6. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso".

Sin embargo, a un año y medio de la dictación de esta sentencia, ninguna de estos puntos se ha cumplido, estando aún pendiente la evaluación de la Corte IDH, la que eventualmente puede declarar el desacato del Estado de Chile y exponer los antecedentes pertinentes en la Asamblea General de la OEA.

3. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instrumento de protección de los derechos vulnerados

El Sistema Americano de Derechos Humanos establece una serie de niveles de intervención de los distintos me-

canismos de protección, los que se activan sucesivamente frente a un caso de violación de derechos fundamentales. Indudablemente, los casos conocidos por la Corte IDH gozan de una preocupación preferente o especial frente al resto de denuncias que son tramitados sólo en un nivel interno o nacional, o bien, en la CIDH, dada la gravedad o flagrancia que revisten los hechos que afectan a las víctimas y la actitud del Estado infractor en la medida que sea renuente a la cooperación o reparación del daño causado.

La intervención de la Corte IDH será siempre subsidiaria respecto de otros mecanismos a los cuales se les ha confiado directamente su gestión con la finalidad de abordar más eficiente y oportunamente la protección de los derechos. En ese sentido, posee un carácter subsidiario, tanto respecto de la jurisdicción interna de cada Estado parte como de la competencia de la CIDH⁴, fundándose en este rasgo el presupuesto de agotamiento de los recursos internos, creado en beneficio de los Estados para que gocen de todas las oportunidades razonables para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas.

a) Contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde una clasificación procesal tradicional, la jurisdicción ordinaria de la Corte tiene un carácter sancionador o de condena, ya que su objeto no se limita sólo a declarar un derecho controvertido sino que está destinada a establecer prestaciones obligatorias para los Estados infracto-

⁴ Piza Escalante, Rodolfo. *La Jurisdicción Contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos*, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos (San José de Costa Rica, IIDH, 1986), pág. 162.

res. Este tribunal debe básicamente sancionar las violaciones a la CADH cometidas por los Estados en perjuicio de los titulares de tales derechos. Sin embargo, si tuviéramos que identificar, desde un punto de vista más funcional, cuál es la finalidad última del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte, debemos sostener que, más que condenar o absolver a un Estado por los eventuales actos u omisiones cometidos en violación a los derechos consagrados en el Pacto, su objetivo primordial es la protección y restablecimiento más inmediato de los derechos vulnerados o puestos en situación de riesgo.

El contenido de las sentencias pronunciadas por la Corte está directamente relacionado con dicha finalidad reparadora y ha sido descrito en el artículo 63.1 de CADH en los siguientes términos:

"1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

Las sentencias del Tribunal americano determinan, en primer lugar, la existencia de responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de alguna o varias de sus obligaciones contraídas al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica. Debe pronunciarse absolviendo o condenando al Estado demandado por los hechos que configuran el caso. Luego, en el evento que la Corte estime que el Estado imputado es responsable por las infracciones denunciadas, decretará la implementación obligatoria de todas aquellas medidas que conduzcan fielmente al restablecimiento del derecho protegido, constituyendo este ca-

rácter abierto un rasgo fundamental en el papel reparador de la función contenciosa de la Corte IDH.

b) Carácter abierto del artículo 63.1 CADH

Los artículos 1 y 2 de la CADH definen los deberes principales o primarios contraídos respecto de los derechos consagrados en ella. Al producirse el incumplimiento de estas obligaciones, la Corte IDH, junto con la declaratoria de responsabilidad por los hechos ilícitos, determinará el conjunto de medidas que el Estado infractor deberá ejecutar para restablecer el derecho violado y lograr el efectivo cumplimiento de las disposiciones amagadas. Este Tribunal goza de gran flexibilidad para determinar el tipo de medidas que deberá implementar el Estado condenado para reparar con suficiencia la ofensa al derecho transgredido ya que la redacción del artículo 63.1 del Pacto le permite diseñar casuísticamente el conjunto de medidas reparatorias, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento y del estado actual del derecho vulnerado. Para determinar las prestaciones que, según la sentencia, deberá satisfacer el Estado condenado, la Corte distinguirá dos grandes áreas de acción. Primero, aquellas conductas futuras que el Estado responsable de una violación deberá observar desde el momento mismo de la dictación del fallo y, segundo, las prestaciones destinadas a reparar en lo posible las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, es decir, mientras duró la violación. En cuanto al primer tipo de medidas, el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcada, procurando razonablemente que los hechos ocurridos no vuelvan a suceder. Respecto de las segundas, se faculta a la Corte a decretar una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización. En definitiva, frente a una pluralidad de obligaciones

incumplidas, se imponen formas o medidas plurales de restablecimiento.

Es correlativo a la naturaleza del daño causado el tipo de medidas decretadas en la sentencia. Desde esa perspectiva, es importante distinguir los distintos tipos de efectos perjudiciales producidos a propósito del incumplimiento de la Convención por parte de un Estado. Frente a un hecho de esta naturaleza, se produce, por cierto, un daño jurídico tanto desde una perspectiva individual al privar a la víctima de los derechos que se le han reconocido luego de suscribir el Pacto, como también desde una perspectiva colectiva, al transgredir la protección brindada al bien jurídico tutelado por la comunidad de Estados americanos, siendo en el caso particular, la protección de los derechos fundamentales de la persona. Subsidiariamente, también puede producirse un daño personal y concreto a la víctima al privarla en todo o en parte de algún atributo físico o mental producto de la violación de alguno de sus derechos humanos. Otro efecto importante es el daño moral experimentado por las víctimas, constituido por la aflicción psicológica y dolor íntimo de la propia víctima o de sus familiares con ocasión del hecho que los afecta. Por último, se puede producir un daño económico a las víctimas desde el momento en que el hecho ilícito acarrea una disminución en su patrimonio personal o el de sus familiares o dependientes.

La determinación de las medidas reparatorias será suficiente y adecuada en la medida que la sentencia asegure o tienda a asegurar la protección, respeto y garantía de los derechos consagrados y vulnerados en el caso particular. En el fondo, la reparación en este sistema se asocia más al concepto de compensación que al de sanción.

La sentencia que recayó sobre el caso "La Última Tentación de Cristo" debía estructurarse de tal forma que

procurara reparar el daño concreto causado a los derechos de las víctimas y restablecer el cumplimiento de los deberes de respeto y garantía contenidos en la CADH. Sin embargo, creo que, en parte, se desaprovechó una inmejorable oportunidad para focalizar los esfuerzos en las raíces mismas de la aplicación de la censura en Chile, tema que abordaremos en un instante. Para apreciar este potencial en toda su dimensión, debemos primero analizar cuáles eran las opciones de reparación que estaban en manos de la Corte al momento de dictar el fallo.

1. Reparación directa, perfecta o específica de los daños⁵

a) Garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados

La primera opción en cuanto a reparaciones se refiere será siempre restablecer el cumplimiento de las obligaciones primarias de los Estados en relación a los derechos consagrados en la Convención. Esta disposición debe vincularse necesariamente con el deber general y fundamental de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) en sus relaciones con el otro deber general de adoptar medidas de derecho interno para adecuarlo a la normativa internacional de protección (artículo 2). Los destinatarios de estas medidas son esencialmente los lesionados en sus derechos, incluyéndose entre éstos tanto las víctimas directas de las violaciones de los derechos humanos como las víc-

⁵ Aguiar A. Asdrúbal, *La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos*, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 17, pág. 41, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1993.

timas indirectas (sus familiares y dependientes), que también sufren las consecuencias de dichas violaciones.

Este deber abarca la obligación de adoptar todas aquellas medidas, legislativas o de otro orden, que deben tomar los Estados Partes para proporcionar a los individuos bajo su jurisdicción el pleno y libre ejercicio de todos los derechos consagrados en la Convención Americana. Por su contenido indeterminado, se puede decretar la realización de una variada gama de prestaciones. Por cierto que, en gran parte, la expresión concreta del cumplimiento de este deber se dará por la dictación de leyes y el diseño de políticas legislativas que adecuen los estatutos reguladores de los derechos vulnerados de manera que sean idóneamente protectores de los mismos. Pero el cumplimiento de esta obligación no se agota en la sola actividad legislativa. Este deber positivo se traduce en la organización de todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁶. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Se busca, entonces, que luego de dictada una sentencia que decrete este tipo de medidas, el Estado condenado esté en condiciones

⁶ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párrs. 166-168.

de prevenir razonablemente las futuras violaciones de los derechos humanos a las víctimas y al resto de los habitantes de su territorio, removiendo los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce, además de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a las víctimas una adecuada reparación.

Estas medidas pueden ampliarse aún más si incluimos dentro del deber de garantizar los derechos conculcados, el deber de adoptar medidas de promoción de dichos derechos para permitir a las personas su completo y libre ejercicio. Por ejemplo, puede disponerse, en aplicación de esta disposición, la creación de instituciones de promoción cultural de derechos específicos, la instauración de políticas de difusión de su existencia o de prevención de su violación cuando esta práctica está arraigada en un medio social determinado.

En el caso *sub-lite*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo a la naturaleza de la violación a los derechos humanos consagrados en la Convención, particularmente la libertad de pensamiento y expresión de los peticionarios y del resto de los habitantes de la República de Chile, pudo eventualmente, en cumplimiento de la primera parte de este artículo 63.1 y a modo de ejemplo, condenar al Estado chileno a:

a) Adoptar, con arreglo a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, eliminando la censura previa y aplicando sólo aquellas restricciones permitidas por el mismo Pacto de San José.

A nuestro entender, los derechos vulnerados en este caso poseen el carácter de *self-executing* o autoejecutable, por lo que no es indispensable una reforma expresa a nuestra legislación interna sino que los órganos y agentes del Estado deben procurar interpretar y aplicar directamente las normas contenidas en el Pacto de San José, cuestión que analizaremos a propósito del estudio de la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico chileno. Curiosamente, en la realidad jurídica chilena la derogación expresa de todas aquellas normas internas que no estén adecuadas a los estándares internacionales sobre la materia no aseguraría la eliminación de la censura previa en Chile puesto que por otras vías y apoyado en fundamentos sin asidero legal, nuestros tribunales han decretado la censura, por ejemplo, de libros como la obra "Impunidad Diplomática", de Francisco Martorell, siendo que en la Constitución Política de 1980 la censura previa de libros no está expresamente permitida. En consecuencia, puedo sostener fundadamente que normas como el Decreto ley N° 679 de 1974 que regula las facultades y funcionamiento del Consejo de Calificación Cinematográfica y que lo autoriza para rechazar la exhibición de este tipo de producciones artísticas, se encuentran tácitamente derogadas por la ratificación conforme a derecho de tratados internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos que prohíbe este tipo de censura, tanto por ser una norma posterior como por ser de mayor jerarquía que las normas de este decreto ley que, en definitiva, es el que lo faculta para el rechazo de películas. Esta tesis ha sido acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago en causas en que ha declarado que normas contenidas en la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques que exigen como caución el depósito de una suma de dinero para evitar la privación de libertad del procesado, se encuentran en pugna con el artículo 5°

inciso 2º de la Constitución Política y con el artículo 7º número 7º del Pacto de San José que prohíbe la prisión por deudas y, por tanto, se encuentran tácitamente derogadas⁷. Desde este punto de vista, probablemente la medida normativa más útil en este caso es la sugerida por el profesor José Zalaquett Daher en las audiencias orales celebradas ante la Corte IDH en el último período de tramitación de este caso. En aquella oportunidad, el profesor Zalaquett sostuvo que "la reforma más importante sería aquella que recordara imperativamente al Poder Judicial que existe la incorporación de pleno derecho".

b) Disponer la creación de instancias, instituciones y programas de capacitación y estudio en Derecho Internacional, particularmente el de Derechos Humanos, destinados a funcionarios del poder judicial, legislativo y órganos de la administración del Estado.

La finalidad de esta medida apunta a corregir lo que consideramos el origen de la principal vertiente de censura que aqueja a la producción artística, en especial la cinematográfica, que consiste en una errada aplicación del derecho internacional vigente por los tribunales nacionales. Los Tribunales de Justicia han reiteradamente omitido las referencias a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y que se encuentran vigentes en casos sobre la creación artística o actividad periodística. Desde esa perspectiva, creo que es indispensable una profunda labor de promoción de la libertad de expresión y su correcta y adecuada regulación en concordancia con los estándares fijados por el Pacto de San José, sobre todo focalizada

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación Rol N° 30.274-9, Secretaría Criminal, Sentencia de fecha 11 de febrero de 1991.

al Poder Judicial chileno, el cual ha demostrado serias dificultades en la aplicación e interpretación de las normas internacionales que la protegen.

b) Restitutio in integrum

La Corte, al fallar un caso sometido a su conocimiento, debe distinguir si es posible restablecer la situación anterior a la violación y la reparación de las consecuencias que derivan de ella, o bien, si esto no es posible, suficiente o adecuado por la naturaleza de la ofensa, imponer todas las medidas conducentes a reparar en equivalencia el daño causado. La primera forma es comúnmente conocida como *restitutio in integrum*. La forma de reparación más fiel de las consecuencias de un acto atentatorio de los derechos consagrados en la Convención es la restitución en especie. Esta medida consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la ocurrencia del hecho, tanto material como jurídica y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, además del pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral.

En la mayoría de las ocasiones, obtener una restitución exacta de las condiciones existentes al momento de la ocurrencia del hecho es muy poco probable. Como razona la Corte Interamericana en la sentencia del caso Aloeboetoe⁸:

"Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causae est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las

⁸ Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y Otros, Reparaciones, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C N° 15, párrs. 43-49.

iguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos.

Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable".

La misma Corte ha entendido que sólo es exigible del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida jurídicamente tutelada.

En el presente caso radicado ante la Corte Interamericana, la restitución en especie pasa indudablemente por permitir la libre exhibición, pública y privada, de la película "La Última Tentación de Cristo", con la sola limitación de la calificación correspondiente con el exclusivo objeto de proteger la moral de los infantes y adolescentes, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2 del artículo 13 CADH.

Algunas voces han planteado en Chile que no puede ordenarse la exhibición de la película puesto que la censura impuesta ha sido decretada a través de una sentencia judicial con efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, dicha decisión jurisdiccional debe permanecer inmutable, básicamente porque existen en el Derecho interno disposiciones contradictorias con el Derecho internacional que impiden en este caso restablecer la condición anterior a la ejecución del hecho ilícito. Sin embargo, la Convención de Viena de 1969 es clara al señalar expresamente en su artículo 27 que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Entonces, los Estados que se encuentren en esta situación no pueden eximir su responsabilidad invocando esta circunstancia, de lo contrario estimamos que el Siste-

ma en su conjunto se debilitaría a tal punto que el cumplimiento de las obligaciones internacionales nacidas a partir de sus fuentes quedaría entregado al arbitrio y voluntad de los mismos Estados obligados.

Junto a las formas de reparación directa, perfecta o específica de los daños existen, desde luego, otras indirectas, imperfectas o complementarias para aquellos casos en que, por la naturaleza de la infracción y del daño causado, no es posible reconstruir exactamente las condiciones previas a la infracción o porque las formas de reparación directa o específica son insuficientes o inadecuadas como, por ejemplo, en los casos de violación del derecho a la vida. En estas situaciones es necesaria su implementación para intentar obtener el restablecimiento de la situación en que vivían las víctimas hasta antes de producidos los hechos en una forma que guarde la debida equivalencia. No obstante, por no encontrarnos dentro de esta hipótesis, me limitaré en esta ocasión a mencionar su existencia sin ahondar en su estudio.

4. Principales aspectos jurídicos tratados en la sentencia recaída en el caso

Las peculiares características del caso "La Última Tentación de Cristo" levantaron altas expectativas sobre el contenido de la sentencia que dictaría la Corte IDH. En él se mezclaron aspectos tan diversos como la libertad de expresión, la responsabilidad internacional del Estado, libertad de conciencia, la incorporación y eficacia de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, además de los aspectos filosóficos y religiosos presentes en toda la controversia.

Finalmente, la sentencia abordó sólo algunos de ellos, los que fueron tratados con distinta profundidad y, me

atrevo a decir, todos con bastante mesura, sin incurrir en un excesivo vanguardismo. En los distintos párrafos podemos encontrar numerosas aristas de relevancia jurídica, sin embargo, me parece que los principales aspectos involucrados son los que trataremos a continuación, unos por constituir puntos centrales e ineludibles en la resolución del conflicto y otros por ausencia de la necesaria dedicación que merecían.

A) *Libertad de expresión*

Para entender adecuadamente los alcances del fallo en esta materia, es útil recorrer el contexto americano que se ha ido generando en las últimas décadas.

Nuestro continente estuvo marcado en la segunda mitad del siglo veinte por una serie de quiebres institucionales en casi todos los países que lo integran. Estos procesos destacaron por las violaciones sistemáticas a los derechos humanos perpetradas como un medio para exterminar a los grupos disidentes del gobierno de facto. A pesar que en esta época el activismo internacional parecía más preocupado de los atentados más graves a los derechos de las personas, entendemos que estas atrocidades estaban justamente destinadas a privar o limitar la libertad de expresión de aquellos que no detentaban el poder político y que, por el contrario, representaban una amenaza para los gobernantes. Actualmente, en los procesos de transición a la democracia, estos mismos países cuentan, en mayor o menor medida, con mecanismos gubernamentales y no gubernamentales de protección y promoción de la libertad de expresión y, coetáneamente, la comunidad internacional también ha perfeccionado sus instrumentos y organismos de protección creados anteriormente con el mismo objeto. En definitiva, se ha fortalecido una conciencia generalizada so-

bre el papel esencial que juega este derecho en la existencia y evolución de una sociedad democrática y en el debate público practicado por sus miembros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de este consenso en una de sus Opiniones Consultivas en la que cita una jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos⁹:

"La libertad de pensamiento y de expresión constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros. Hay que reconocerla, incluso cuando su ejercicio provoque, choque o inquiete. Como ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, es ello una exigencia del 'pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, sin los cuales no es posible la existencia de una sociedad democrática'" (Eur. Court H. R., *Lingens case*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, párr. 41).

Como se puede apreciar en esta sentencia europea coincidente con la opinión del ex juez de la Corte Interamericana Héctor Gros Espiell, la importancia de la libertad de expresión radica en que es el índice bajo el cual podemos medir la calidad de una democracia. Sólo en la medida en que este derecho esté efectivamente protegido, una sociedad está en condiciones de otorgar a cada una de las personas que la componen la oportunidad de participar en su vida política y hacerse, a su vez, responsable por las decisiones que se toman en su gobierno.

⁹ Opinión Separada del Juez Héctor Gros Espiell, Corte I.D.H., Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7, párr. 5.

a) *Regulación de la libertad de expresión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

En el Sistema Americano de protección de los derechos humanos, la libertad de expresión ha encontrado una consagración normativa expresa y contundente, tanto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en esta última con especial profundidad, incluso por sobre otros instrumentos internacionales convencionales como la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

A través de la protección de dicha libertad, la Convención intenta resguardar la autonomía de las personas, reconociendo y protegiendo su derecho a expresar, crear y recibir información; y al mismo tiempo persigue asegurar el funcionamiento de la democracia garantizando el libre intercambio de ideas en el ámbito público. Son áreas especialmente sensibles al adecuado respeto de este derecho —o más bien, ámbitos en los cuales la libertad de expresión se ve usualmente amenazada—, el debate público y el acceso a la información, la libertad de prensa y la libre creación, difusión y recepción de las artes. Quizás en ellas, por su naturaleza, se da un mayor caudal o flujo de ideas, y no todas son del gusto o simpatía de quienes están facultados en una sociedad para coartar su circulación, en virtud de los poderes públicos que los envisten. Por eso, el respeto a la libertad de expresión no debe limitarse a la circulación de información, ideas y obras, especialmente las artísticas, que sean aceptables o poco controvertidas en opinión de quienes integran los órganos del Estado. El deber de no interferir con el goce del derecho al acceso de información de todo tipo, se extiende a la circulación de información y a la exhibición de obra artísticas que pueden no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autori-

dad estatal en un momento dado¹⁰. Así lo ha entendido la Corte Interamericana, la cual manifestó:

"La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse".

1. Restricciones a la libertad de expresión

Los derechos humanos no son absolutos. Por el contrario, poseen ciertas limitaciones inherentes destinadas a establecer un cierto equilibrio entre los derechos del individuo, por un lado, y el bienestar general de la sociedad en su conjunto por el otro¹¹. Sin embargo, es importante dejar en claro que, si bien estos derechos pueden ser restringidos bajo ciertas y determinadas circunstancias, dichas restricciones no pueden en caso alguno menoscabar la esencia misma del derecho restringido, el que debe mantenerse en su sustancia debida y efectivamente resguardado y reconocido.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad de expresión contiene una redacción sumamente garantista, tendiente a reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas e informaciones¹². Al igual que con el resto de los derechos, no se limi-

¹⁰ Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Chile, Caso "La Última Tentación de Cristo", pág. 12, 15 de Enero de 1999.

¹¹ Zovatto, Daniel, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, pág. 67, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 1990.

¹² Dulitzky, Ariel, *La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, KO'AGA ROÑETA se.vii (1996) - <http://www.derechos.org/vii/dulitzky.html>.

ta a proclamar un derecho o libertad determinada, sino que hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir su goce y ejercicio. Este derecho está sujeto tanto al régimen general de restricciones legítimas a los derechos establecidos en la Convención, tratada en su artículo 30, como también a un régimen propio y específico contemplado en el artículo 13, señalando este último los requisitos que deben cumplir las restricciones impuestas al ejercicio de la libertad de expresión.

La aplicación de responsabilidades ulteriores es el instrumento empleado por la CADH par la concreción de dichas restricciones en los casos en que se presenta un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, siendo éstas las únicas autorizadas por el artículo 13.2 del Pacto, quedando al margen de lo permitido todas aquellas medidas que signifiquen la imposición de censura previa, sin perjuicio que la libertad de expresión y la prohibición de la censura puedan ser suspendidas en tiempos de emergencia conforme a lo que señala el artículo 27¹³ de la misma Convención¹⁴. A pesar que la redacción del artículo 13.4 aparenta constituir una excepción a esta regla ya que se refiere al concepto de censura como institución lícita destinada a regular exclusivamente el acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, creemos que esta excepción no es tal y la prohibición de medidas censoras de carácter preventivo es

¹³ Sobre las restricciones a los derechos humanos en estados de excepción se sugiere ver el texto de Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 1990.

¹⁴ Zalaquett Daher, José, *Los Límites de la Tolerancia: Libertad de Expresión y Debate Público en Chile*, pág. 42, Editorial Lom, Santiago, 1998.

absoluta. Este inciso tiene básicamente por objeto el compatibilizar dos derechos: por un lado, el derecho de los integrantes de una sociedad a expresarse libremente y recibir las informaciones e ideas que circulan en su medio social y por el otro, el derecho de los infantes y adolescentes a ser protegidos frente al acceso a ideas e informaciones que pueden eventualmente resultar nocivos, dado su criterio aún en formación¹⁵.

Incluso, cuando se trata de casos en que se trata de prevenir un eventual abuso de la libertad de expresión, no es admisible la censura previa en nuestro Sistema, significando las medidas preventivas siempre un menoscabo a este derecho. Por lo tanto, cuando hablamos de restricción legítima entendemos que se trata de una conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión y no de medidas precautorias de carácter previo destinadas a incautar, impedir o retardar la circulación del material a través del cual se expresa la opinión o información de que se trate.

En definitiva, nuestro Sistema Americano ha entendido que las restricciones deben estar establecidas por ley; deben perseguir uno de los objetivos mencionados en el artículo 13.2 de la Convención Americana; deben ser necesarias para la consecución de tales objetivos y deben ser

¹⁵ Artículo 17 de la Convención de Derechos del Niño: "Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18".

proporcionales al fin buscado, esto es, no deben ir más allá de lo estrictamente requerido para la protección de los derechos de otros o del interés público involucrado¹⁶.

2. Censura previa

Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido. La censura es una medida extrema de privación de la libertad de expresión y tiene lugar cuando, por el poder público, se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias.

El artículo 13.2 contiene una clara e intencional distinción entre "censura previa" y "responsabilidades ulteriores". El objeto de dicha disposición es constituirse en una garantía procesal de la libertad de pensamiento y expresión evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión estén *a priori* excluidos del debate público¹⁷.

La prohibición de la censura previa, contemplada expresamente sólo en la Convención Americana a diferencia de otros instrumentos internacionales, sólo admite como excepción aparente lo contemplado en el inciso 4 del artículo 13 referentes a espectáculos públicos. Estos últimos sólo pueden ser calificados y prohibida su exhibición por ley y con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2 del mismo artícu-

¹⁶ Zalaquett Daher, José, op. cit., pág. 41.

¹⁷ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 34.

lo. Como acabo de señalar, esta es una excepción más aparente que real puesto que no implica restringir preventivamente la circulación de información e ideas sino sólo proteger a ciertos sectores vulnerables de nuestra sociedad frente al posible efecto nocivo de obras cuyo contenido pudiera afectar negativamente su esfera moral. La censura previa es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados en el artículo 13, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. De tal forma que aún en virtud de la protección de la infancia y la adolescencia no es aceptable la censura previa sino que los espectáculos públicos deben quedar sometidos a un régimen de calificación que permita advertir cuando una obra es apta para ser vista por menores de edad o bajo qué circunstancias, prohibiendo su exhibición sólo para aquellos grupos etéreos.

En los términos del artículo 13.2, la censura previa está prohibida independientemente de si es establecida por autoridades judiciales o ejecutivas. La característica distintiva de la censura previa no está determinada por la rama del poder estatal que restringe la libertad del Estado. La esencia de la censura consiste en la limitación por parte del Estado, a través de cualquiera de sus órganos, del ejercicio de la libertad de expresión. De hecho, la Corte Interamericana ha establecido, de modo amplio e incondicional, que cualquier medida preventiva constituye censura previa, y por ende, un menoscabo a dicha libertad¹⁸.

¹⁸ Dulitzky, Ariel La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pág. 2. KO'AGA RONE'ETA se.vii (1996) - <http://www.derechos.org/vii/dulitzky.html> - Corte I.D.H. La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 38.

b) Alcances del fallo en torno a la libertad de expresión

Hasta el 5 de Febrero de 2001, fecha en que se dictó el fallo que recayó sobre este caso, la Opinión Consultiva OC5-85 era la única resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida netamente a la libertad de expresión. Dicho dictamen reguló en profundidad y con un carácter abstracto los alcances, límites y responsabilidades derivadas del ejercicio de este derecho, siendo durante años el instrumento rector en este aspecto en todo el Sistema Americano.

La sentencia dictada en el caso "La Última Tentación de Cristo" es el primer fallo emitido en un asunto contencioso por la Corte IDH referido preferentemente a una violación a la libertad de expresión. A pesar de la relevancia que implica para nuestro sistema de protección el hecho de contar con jurisprudencia contenciosa americana sobre el particular, el referido fallo no es especialmente novedoso en esta materia. En los considerandos sobre la materia, es apreciable la similitud con los criterios ya desarrollados en la OC-5/85. La sentencia recoge los mismos razonamientos y valoraciones ya expresadas por la Corte IDH con anterioridad, probablemente porque el caso no reviste mayor dificultad en la tipificación de la infracción a la CADH, dada la flagrancia con que fue censurada la película. Existía una cierta expectativa sobre lo que este tribunal podía esbozar a propósito de otros temas emergentes que sí han sido abordados, por ejemplo, por el Sistema Europeo de Derechos Humanos como el tratamiento de la blasfemia o la libertad de información como vertiente instrumental a la libertad de conciencia, ambos temas mencionados por el profesor José Zalaquett Daher en su informe pericial expuesto en las audiencias orales celebradas en la misma Corte IDH el 18 de Noviembre de 1999.

En definitiva, la Corte optó por circunscribirse a los criterios y aspectos ya presentes y desarrollados por nuestro sistema, sin estudiar nuevos enfoques y desafíos que habrían resultado de sumo interés para la evolución de la protección de la libertad de expresión, sobre todo aquellos relativos a las controversias surgidas a partir de los choques culturales, espacialmente religiosos, cada vez más recurrentes en occidente. En otras palabras, la importancia de este fallo radica, más bien, en la consolidación de las interpretaciones existentes sobre la normativa respectiva y no en un carácter vanguardista en relación a los aspectos controvertidos abordados.

B) Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno

La sentencia del 5 de Febrero de 2001 no contiene una referencia expresa o literal a este tema en particular, sin embargo, no cabe duda que los hechos que configuran la infracción a la CADH provocaron necesariamente al menos algunas consideraciones al respecto. Así, el Título X sobre Incumplimiento de los Artículos 1.1 y 2 Obligación de Respetar los Derechos y Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno se refiere en ciertos párrafos a este punto, quizás sin mayor profundidad pero incorporando algunos criterios que ameritan un detenido estudio.

Para comprender si los órganos del Estado chileno que comprometieron su responsabilidad internacional estaban obligados a aplicar las normas de la CADH que prohíben la censura previa, es indispensable conocer la forma en que se produce la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno, explicado desde una perspectiva monista del derecho, siguiendo las tendencias más progresistas y contradiciendo las posturas chilenas más tradicionales.

La vigencia del derecho internacional en el derecho interno de Chile ha sido reconocida desde el principio de la patria. En su obra sobre el derecho internacional consuetudinario, don Andrés Bello afirmó que:

"en una nación y en una época dadas el derecho de gentes sea parte de la jurisprudencia patria, no admite duda"¹⁹.

Asimismo, ha sido reconocida dentro del derecho interno chileno la vigencia de los tratados que forman el derecho internacional convencional. El derecho internacional no regula la manera en que debe ser incorporado para adquirir la validez en los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que crea obligaciones internacionales que los Estados deben cumplir dentro de su jurisdicción, dejando a su libre determinación la forma de su cumplimiento. En el ordenamiento jurídico chileno, el derecho internacional adquiere vigencia de tres maneras distintas:

- Remisión expresa del derecho interno al derecho internacional;
- Incorporación automática del derecho internacional consuetudinario; e
- Incorporación por acto expreso del derecho internacional convencional.

a) Remisión expresa del derecho interno al derecho internacional

De acuerdo con la doctrina chilena, la remisión se produce si uno de los ordenamientos jurídicos ordena, fren-

¹⁹ Bello, Andrés, *Principios de Derecho de Gentes* (1831), citado por Benavida, Santiago, *Derecho Internacional Público*, 2ª edición, editorial jurídica de Chile, pág. 69.

te a una situación dada, la aplicación de otro ordenamiento. Así, los tribunales chilenos deben aplicar las normas y principios del derecho internacional en todos aquellos casos en que un precepto legal interno se remita expresamente a ellos.

Esta doctrina se utiliza generalmente para determinar los casos de extradición pasiva y activa, pero escasamente ha sido utilizada para proteger los derechos humanos; aún cuando se encuentra en varios artículos de nuestra legislación, como por ejemplo el artículo 53 del Código Orgánico de Tribunales que señala:

"El Presidente de la Corte Suprema conocerá en primera instancia: (...)

3º De las causas de presos, de extradición pasiva y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional".

b) Incorporación automática del derecho internacional consuetudinario

En Chile no existe una norma general explícita que establezca la incorporación automática de toda norma consuetudinaria o de los principios generales de derecho al ordenamiento jurídico chileno, sin embargo, tanto los tribunales como la mayoría de la doctrina así lo han reconocido. Desde 1932 los tribunales chilenos han atribuido, casi invariablemente, validez jurídica al derecho internacional en ausencia de remisión expresa de la ley.

La Corte Suprema en el caso "Lauritzen con Fisco"²⁰, por ejemplo, fundamentó esta doctrina en la necesidad de proteger los derechos humanos del individuo. En dicho

²⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LII, 2ª parte, sección 1ª, pág. 478 (1955).

caso los demandantes invocaron el derecho internacional consuetudinario para pedir la indemnización del gobierno chileno por la requisición de sus barcos durante la Segunda Guerra Mundial. Frente a ello el gobierno chileno respondió que los Decretos Supremos de requisición fueron dictados:

"por elevadas consideraciones públicas por el tiempo que durara la guerra, dejando a salvo el derecho de los propietarios para ser indemnizados"²¹,

y por último invocó:

"la incompetencia del tribunal para juzgar la responsabilidad internacional del Estado de Chile"²² y "la carencia de capacidad" de individuos para invocar una violación del derecho internacional consuetudinario contra el país, porque:

"solo puede ser imputada a un Estado por otro Estado. Sólo ellos son verdaderos sujetos del derecho internacional"²³.

La Corte rechazó tales argumentos señalando que:

"es inadmisibles sostener que a los individuos les esté vedado hacer valer, ante los organismos jurisdiccionales de los distintos Estados las normas del derecho internacional, en defensa de sus derechos".

Fundamentó su afirmación citando la Carta de las Naciones Unidas como también la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además, la Corte determinó que los individuos tienen el derecho de fundar su demanda:

"de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y no según las disposiciones de nuestro derecho nacional"²⁴ y

²¹ Ibid., pág. 454.

²² Ibid., pág. 464.

²³ Ibid., pág. 478.

²⁴ Ibid., pág. 479.

"aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos"²⁵.

El razonamiento, los principios y las normas enunciadas por la Corte son directamente aplicables al derecho internacional consuetudinario de derechos humanos, ya que fundó el derecho a la indemnización en éstos y, si una mera forma de reparación recibió esa protección, entonces con mayor razón deben estar protegidos los derechos fundamentales como los consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

c) *Incorporación por Acto Expreso del Derecho Internacional Convencional*

Entendemos por derecho internacional convencional, para este caso, los tratados internacionales de los cuales Chile es parte y que adquieren vigencia en el ordenamiento jurídico interno a través de un acto expreso de incorporación.

El derecho internacional establece la obligatoriedad del tratado para un Estado desde el momento en que éste deposita el instrumento de adhesión o ratificación ante la autoridad correspondiente, a menos que el propio tratado disponga otra cosa. Así lo establece la Convención de Viena en su artículo 24 N° 3. En Chile, para ratificar un tratado se requiere la voluntad del Presidente de la República unida a la del Congreso Nacional. Así lo establecen los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política de la República.

²⁵ Ibid., pág. 485.

Sin embargo, en dichas disposiciones no se regula la forma en que un tratado internacional se incorpora al ordenamiento jurídico interno, limitándose sólo a establecer las condiciones para que Chile pueda obligarse internacionalmente, siendo la propia práctica de los tribunales la fuente para determinar la forma de llenar este vacío legal. En efecto, la jurisprudencia nacional nos demuestra que la recepción de los tratados internacionales en el derecho interno chileno se realiza a través de un acto expreso compuesto de tres requisitos, a saber:

- a) La aprobación legislativa;
- b) La promulgación del tratado por decreto del Presidente de la República; y
- c) La publicación del decreto promulgatorio y del texto del tratado en el Diario Oficial.

Evidentemente, este procedimiento no se condice con las normas jurídicas internacionales más básicas ya que deja abierta la posibilidad para que los Estados que ya han ratificado un tratado internacional puedan ilegítimamente excusarse de su cumplimiento.

Lo que nos importa en este caso particular es establecer con claridad que, de acuerdo a los mecanismos mencionados, indudablemente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es obligatoria y vinculante para el Estado de Chile por haber sido ratificada a comienzos de la década del noventa y por contener normas de derecho internacional consuetudinario cuya obligatoriedad deriva de tal carácter, incluso en la eventualidad de no estar contenidas en algún instrumento convencional.

Es curioso que la Corte IDH haya, por un lado, reconocido la obligatoriedad de la CADH y, por el otro, haya determinado como elemento central en su argumentación que el Estado de Chile debe modificar su ordenamiento jurídico para eliminar la censura previa y permitir la exhi-

bición de la película, en concordancia con el artículo 2º de la CADH, insinuando que el problema suscitado tiene una raíz normativa o puramente legislativa formal más que jurisprudencial. Si esa es la conclusión a la que finalmente llegó la Corte IDH, entonces estamos en presencia de una clara inconsistencia entre el fallo y los principios informantes del derecho internacional público puesto que, de acuerdo a estos últimos, la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos aplicables en esta materia están totalmente vigentes y forman parte del ordenamiento jurídico nacional, quedando obligadas a ellas todos los órganos y agentes del Estado chileno. No puede, luego, sostenerse que para eliminar la censura previa deben dictarse más normas internas que reiteren las ya contenidas en la CADH ya que, de este modo, se pone peligrosamente en duda el hecho de que dichas normas ya forman parte del ordenamiento interno chileno.

He sostenido reiteradamente a lo largo de la tramitación del caso y con especial énfasis en la actual etapa de cumplimiento, que la interpretación del artículo 2º de la CADH no puede afectar en modo alguno la exigibilidad inmediata de las obligaciones contenidas en el artículo 1.1 de la Convención, las cuales pueden serlo desde el momento mismo de su ratificación. La Corte Interamericana ha sido bastante clara en este punto y ha señalado en la opinión consultiva OC-7/86 que²⁶:

"Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que

²⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta", 29 de Agosto de 1986.

la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1. (...) Sin esta interpretación lógica de por qué se incluyó este artículo 2 en la Convención, ello carecería de sentido. Es más, conduciría al resultado irracional y absurdo de que el artículo 1 sería inaplicable si no se dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Y esta conclusión es inadmisibles, porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados Partes del artículo 1 de la Convención".

Por lo tanto, este artículo tendría como finalidad abundar en las obligaciones ya establecidas en el artículo primero, sobre todo en los ordenamientos de aquellos Estados en que expresamente se reconoce efectos derogatorios a los tratados internacionales frente a la ley interna. Es obligación de todos los órganos del Estado interpretar la ley en aquella forma más armónica con las obligaciones internacionales que los vinculan y aplicar los tratados sobre derechos humanos directamente cuando sus normas puedan ser exigibles de inmediato. En definitiva, el artículo 2º de la Convención no puede, en ningún caso, interpretarse en contravención al artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados que establece que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Esta es quizás una de las debilidades de la sentencia. El sistema americano de derechos humanos cuenta con la madurez suficiente como para que este tipo cuestiones jurídicas queden absolutamente despejadas, sin dar pie para dobles interpretaciones que finalmente restan fuerza a los sistemas de protección.

C) Eficacia de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno

Luego de analizar cuidadosamente el fallo que motiva nuestro estudio, me asiste la convicción que la Corte IDH no identificó con precisión cuál fue la forma en que se violó la libertad de expresión de las víctimas ni a qué se debe la subsistencia de la censura previa en Chile, a pesar de haber suscrito un tratado internacional que la proscribiera.

El problema de fondo de la censura en Chile no radica en la inexistencia de normas que garanticen el ejercicio de la libertad de expresión, puesto que éstas ya están contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica, el cual, sin duda, ya forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. El problema dice relación con la falta de eficacia en la aplicación de estas normas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos en general, ya que los tribunales de justicia y otros órganos del Estado generalmente no los aplican directamente, buscando, por diversas razones, alguna norma de derecho interno que los convalide o reproduzca su contenido.

Sin embargo, los considerandos de la sentencia escasamente abordan este crucial problema, a pesar de que en los antecedentes que obran en el proceso aparece con total nitidez que, más que un problema normativo formal o meramente legislativo, la censura en Chile tiene como vertiente principal la propia actitud de los tribunales de justicia, los cuales han omitido, en la mayoría de los casos, la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sólo el párrafo 87 señala que, en definitiva, lo que importa es la adecuación concreta y formal de las acciones de los órganos del Estado a las normas de la CADH:

"87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos

humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención".

Sólo el voto concurrente del presidente del la Corte IDH Antonio Cançado Trindade, a mi juicio, con total acierto, recoge esta inquietud y dedica parte de su intervención a precisar la real dimensión de la infracción del Estado de Chile y la forma como comprometió su responsabilidad internacional. En el numeral décimo de sus conclusiones afirma que "no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobre todo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos".

Queda más claro aún que no existe una necesidad jurídica de crear nueva legislación para eliminar la censura previa en Chile luego de estudiar el carácter de "*self executing*" o "*non self executing*" de las normas de un tratado, concepto que se ha abierto paso en el derecho internacional contemporáneo y nos permite determinar cuándo las normas de un tratado son directamente aplicables en el

ordenamiento interno de un Estado. El jurista Eduardo Jiménez de Aréchaga señaló al respecto:

"La estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma (*self executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad. Se habla de autoejecutividad cuando la disposición ha sido redactada de tal forma, que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. Se requieren dos condiciones para que una norma sea autoejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual se pueda derivar directamente un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes" ²⁷.

El jurista chileno Adolfo Veloso agrega:

"Si tienen suficiente precisión normativa para ser autoejecutables, sin requerir normas internas complementarias, pueden ser fuente directa de derechos u obligaciones para el individuo, en términos que a éste le sea posible invocar esos derechos ante los tribunales nacionales" ²⁸.

Lamentablemente, la penetración de este concepto aún es resistida por algunos sectores más conservadores en

²⁷ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *La Convención Americana como Derecho Interno*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos N° 7 enero - junio 1988, pág. 26.

²⁸ Veloso, Adolfo, *Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno*, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 165, enero - diciembre 1977, págs. 265, 270-271.

Chile, lo que ha permitido, en ocasiones, la invocación de ilegítimas excusas para evitar las obligaciones de un tratado, dando pie para señalar, por ejemplo, que las estipulaciones del tratado necesitan legislación doméstica adicional o cambios en la legislación actual, antes de que las normas del tratado puedan aplicarse internamente.

Cabe destacar que, incluso cuando existan requerimientos constitucionales adicionales a la ratificación de un tratado para que entre en vigor, desbordando lo permitido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, o cuando un instrumento ha sido denunciado por el Estado parte, esto no impide la incorporación automática de las normas del derecho internacional consuetudinario contenidas en ellos²⁹. Así lo señala el profesor Baxter:

"Si un tratado se acepta como una declaración sólida del derecho internacional consuetudinario, la denuncia del tratado por una parte no puede absolver a dicho Estado de su obligación de observar las reglas del derecho internacional consuetudinario, cuya existencia se prueba por su inclusión en el tratado"³⁰.

Hasta el Ministerio de Relaciones Exteriores lo reconoció en su informe del 14 de Noviembre de 1973 al inicio de la dictadura militar de Pinochet, al declarar:

"La preeminencia al derecho internacional sobre el interno, aún cuando el primero no se encuentra traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados;

²⁹ Deztner, John, *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Chile 1988, pág. 55.

³⁰ Baxter, *Multilateral treaties as evidence of customary international law*, *The British yearbook of international law*, Vol. XLI, págs. 275-300.

cuyo caso sería el de la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático, que, como es sabido, no está incorporada a la legislación por falta de ratificación"³¹.

En consecuencia, luego de establecer con claridad la incorporación de las normas del Pacto de San José al ordenamiento jurídico chileno, los operadores del derecho, en especial los jueces, se enfrentan a la disyuntiva que implica determinar el derecho aplicable a un asunto controvertido, enfrentando, por un lado, una norma interna que permite la censura previa y, por el otro, un mandato internacional que la prohíbe. La aplicación e interpretación de la CADH, al igual que la del resto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, debe tener en cuenta su objeto y fin, los cuales, en el caso de los tratados de derechos humanos, será siempre la protección de los derechos fundamentales. Siempre un juez, frente a dos interpretaciones posibles en torno a la aplicación de una norma de este tipo, deberá preferir aquella que brinde una mejor protección a los derechos del individuo. Y, por consiguiente, el alcance y contenido de los derechos humanos debe entenderse amplia y progresivamente frente a las facultades de los Estados para limitarlos o restringirlos, las que siempre deberán interpretarse restrictivamente, teniendo presente un criterio garantista.

Sorprende, entonces, por qué la Corte IDH no incluyó en la parte resolutive del fallo ninguna prestación explícita dirigida a obtener un cambio efectivo y concreto en la conducta de los órganos y agentes del Estado chileno en relación con los estándares de protección contenidos en la CADH. En virtud del carácter abierto que el artículo 63 de

³¹ Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 14 de noviembre de 1973.

CADH otorga a las sentencias de la Corte, era necesario y justificado disponer la implementación de ciertas medidas, particularmente de promoción, que permitieran garantizar razonablemente que violaciones a la libertad de expresión como la censura previa impuesta no vuelvan a ocurrir. A modo de ilustración, considerando que la jurisprudencia se ha constituido en un foco vulnerable a este tipo de situaciones, era recomendable ordenar al Estado de Chile el despliegue de políticas educativas, tanto de capacitación a miembros del poder judicial sobre derecho internacional de los derechos humanos, como también de sensibilización a la totalidad de la población sobre la importancia de la libertad de expresión para el buen desenvolvimiento de la democracia.

5. Conclusión

Las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos revelan el grado de avance que experimenta el sistema internacional de protección de los derechos fundamentales en el continente. En virtud del carácter abierto que el artículo 63 de la CADH imprime a estas resoluciones, la Corte IDH debe determinar las medidas que estime pertinentes para que efectivamente se restablezca el cumplimiento de las dos obligaciones básicas que nacen al ratificar el Pacto de San José, esto es, respetar y garantizar los derechos consagrados en él, quedando obligados a ello todos los poderes del Estado. La Corte en otras oportunidades ha sido muy clara en señalar que para cumplir estos deberes no basta con la sola adecuación formal de la ley interna a las normas internacionales. Se requiere, más bien, asegurar eficazmente y en la práctica el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Afortunadamente, en esta

oportunidad la Corte IDH fue explícita en recalcar que infracciones a la CADH como la censura previa comprometen la responsabilidad del Estado, independientemente de si es establecida por autoridades judiciales, legislativas o ejecutivas, desechando de plano las alegaciones de la defensa del Estado de Chile respecto de la necesidad de un concurso o aquiescencia de todos los poderes públicos para incurrir en un ilícito internacional.

El fallo dictado en el caso "La Última Tentación de Cristo" demuestra que la interpretación de la regulación esencial de la libertad de expresión se ha consolidado y definido con toda claridad, permitiendo que aspectos como la prohibición de la censura previa y la aplicación de restricciones con el objeto de proteger a la infancia y a la adolescencia no revista actualmente mayor dificultad en su comprensión. Se ha instaurado lentamente la idea que la libertad de expresión debe ser reconocida, respetada y garantizada, incluso cuando su ejercicio provoque, inquiete o incomode a las mayorías, entendiéndose que las restricciones a su ejercicio, sobretudo el abusivo, debe traducirse siempre y exclusivamente en la aplicación de responsabilidades ulteriores, siendo éstas las únicas autorizadas por el artículo 13.2 del Pacto de San José.

Hubiéramos preferido que la sentencia incluyera al menos algunas referencias a materias de gran interés para el debate público como la confrontación de visiones filosóficas, religiosas y culturales en general, tema que ha cobrado una tremenda vigencia y que carece, hasta el momento, de un adecuado tratamiento social.

Sin embargo, el aspecto central de la controversia que dio origen a este caso no radica precisamente en la regulación del ejercicio de la libertad de expresión sino que en la incorporación y eficacia de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

Personalmente, creo que la Corte IDH debió ser categórica en relación con la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno chileno. Me parece que puede ser perjudicial o, al menos, riesgoso para el funcionamiento del Sistema Americano el dejar dudas sobre la obligatoriedad de la aplicación directa de las normas contenidas en la CADH que poseen el carácter de *self-executing*. Sostener que, cada vez que se ratifica un tratado internacional, el Estado debe iniciar un proceso pormenorizado de adecuación formal de su ordenamiento jurídico interno a las normas del tratado, puede facilitar la creación de una causal de exculpación de las infracciones a los deberes de respetar y garantizar los derechos fundamentales ya que dependería de la voluntad del Estado obligado la determinación del momento en que empiezan a regir aquellas obligaciones principales, haciendo ilusorio el adecuado funcionamiento del sistema de protección. En consecuencia, las normas que regulan el Consejo de Calificación Cinematográfica y que lo autorizan para rechazar la exhibición de este tipo de producciones artísticas, se encuentran tácitamente derogadas por la ratificación conforme a derecho de tratados internacionales como la CADH que prohíbe este tipo de censura, por ser una norma posterior y de mayor jerarquía que aquellas.

Una vez establecido con toda seguridad que las normas contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica forman parte del ordenamiento jurídico chileno, podemos afirmar que el problema de fondo de la censura en Chile no radica en la inexistencia de normas que garanticen el ejercicio de la libertad de expresión sino que en la falta de eficacia en la aplicación de estas normas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos en general. Por lo tanto, más que reformar la ley o la Constitución repitiendo lo que ya

dice la Convención Americana, lo que se requiere es acordar una interpretación de la Constitución que aclare y recuerde definitivamente a todos los órganos del Estado que cuando un tratado de derechos humanos contiene normas autoejecutables, como en este caso, éstos deben invocarlas directamente como cualquier otra norma de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo presente el principio de aplicación de la norma más favorable. Esto contribuiría a asegurar en la práctica la eliminación de la censura previa y así el Estado de Chile estaría en mejores condiciones de cumplir con su obligación de respetar y garantizar la libertad de expresión. Una interpretación de la Constitución que facilite la aplicación directa de los tratados de derechos humanos nos adecuaría a los estándares internacionales, no sólo en lo relativo a libertad de expresión, sino en todas aquellas áreas en que existen dificultades de la misma naturaleza.

En conclusión, el caso "La Última Tentación de Cristo", no deriva su importancia del hecho de poner de relieve la regulación de la libertad de expresión, ya que está bastante clara desde la opinión consultiva OC-5/85, sin que haya sido contradicha por la jurisprudencia de la Corte. Tampoco radica en el tratamiento que da a la incorporación formal del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno ya que, salvo posiciones extremas, existe un consenso en que las normas sustantivas del sistema forman parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. El tema de mayor interés para el Sistema Americano y que, sin duda, queda expuesto en este caso, es el de la eficacia real de sus normas en los ordenamientos jurídicos internos, la que se logra a través de un proceso de internalización normativa, entendiendo por tal aquel en que los operadores del derecho consideren efectivamente las normas del Sistema Americano como un ele-

mento de juicio más en la decisión de las acciones que ejecuten, sin omitirlas ni reconocerlas sólo como normas de segunda clase con un valor inferior al resto de origen propiamente interno. Por ahora, es una tarea pendiente.

Colombia

**EN COLOMBIA NO EXISTE
EFICACIA JURÍDICA
DEL DERECHO A LA
INFORMACIÓN, EN LOS
ESTADOS DE EXCEPCIÓN,
COMO GARANTÍA
POLÍTICA PARA
EL EJERCICIO DE LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

Azael Carvajal Martínez*