

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y SU SINGULARIDAD *THE RIGHT TO FREEDOM OF ARTISTIC CREATION AND ITS SINGULARITY*

Marta Timón Herrero

*Subdirectora General de Reclamaciones
Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**

RESUMEN

La *dimensión artística* no constituye, actualmente, un elemento relevante en la contextualización y ponderación del derecho a la libertad de creación artística. Sin embargo, no solo la Constitución y la jurisprudencia constitucional le reconocen un carácter autónomo, sino que su propia singularidad, que se desprende de unos rasgos propios que los órganos judiciales pueden apreciar y valorar, exige la construcción de un canon de enjuiciamiento específico que permita aplicar una protección cualificada. En la construcción de ese canon de enjuiciamiento conviene revisar el criterio de la *necesidad* de las expresiones en relación con el mensaje transmitido, cuya contrapartida (su carácter gratuito) resulta difícilmente apreciable en el marco autorreferencial del fenómeno artístico. No puede obviarse, asimismo, la necesidad de reconfigurar los contornos de los derechos fundamentales en el nuevo contexto que dibuja la sociedad digital, prestando especial atención a la mutación que experimenta la(s) censura(s) y la hiperreacción ante la ofensa.

PALABRAS CLAVE

Libertad de creación artística, arte, singularidad, ficción, necesidad v. gratuidad, protección cualificada, sociedad digital y censura, hiperreacción.

ABSTRACT

The artistic dimension does not currently constitute a relevant element in the contextualization and consideration of the of artistic freedom of expression. However, the Spanish Constitution and constitutional jurisprudence recognize its autonomous character. Its uniqueness is given by its own features that must be valued by the jurisdiction. This requires the construction of a specific valuation canon that allows the application of qualified protection. In the construction of this canon, it is convenient to review the criterion of the need for expressions with respect to the transmitted message, whose counterpart (its gratuitous nature) is difficult to appreciate in the self-referential framework of the artistic phenomenon. Likewise, the need to reconfigure the contours of fundamental rights in the new context drawn by the digital society cannot be ignored, paying special attention to the mutation experienced by censorship(s) and the hyperreaction to offense.

KEYWORDS

Artistic freedom, art, singularity, fiction, necessity vs. gratuity, qualified protection, digital society and censorship, hyperreaction.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.044>

* El texto expresa únicamente las opiniones de la autora.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y SU SINGULARIDAD

Marta Timón Herrero

Subdirectora General de Reclamaciones
Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Sumario: 1. La autonomía y la singularidad de la libertad de creación artística. 1.1. Una aproximación al contenido de la libertad de creación artística sin necesidad de definir qué es arte. 1.1.1. Aportación cultural, creatividad, innovación y originalidad. 1.1.2. La condición subjetiva (artistas y/o intermediarios del arte). 1.1.3. El lenguaje específico de lo artístico (en especial, el elemento ficcional o distorsión de la realidad). 2. Colisión entre el derecho a la libertad de creación artística y otros derechos: la necesidad de un canon de enjuiciamiento específico. 2.1. Necesidad *vs.* gratuidad en la manifestación artística. 3. A modo de conclusión: convulsión del contexto, (re)significación de derechos y mutación de censuras. Notas. Bibliografía.

1. LA AUTONOMÍA Y LA SINGULARIDAD DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

Partiendo de una comprensión flexible y omnicompreensiva, Jorge Wagensberg consideraba el arte «[...] como una forma de conocimiento (acaso la más ansiosa y animosa con respecto a la complejidad del mundo) en tanto que elabora imágenes de los sucesos del mundo»; un conocimiento regido por el *principio de comunicabilidad de complejidades ininteligibles* donde el artista es innovador¹. Por su parte, Umberto Eco señaló que una cualidad definitoria del arte es su capacidad para conectar tiempos, estética y sentimientos². Para otros autores, la gran tarea del arte es *evitar que la humanidad olvide su propia mortalidad, que se olvide a sí misma*, pues las obras de arte existen para el mundo³. Las definiciones de lo que sea el *arte* son múltiples y heterogéneas, y han sido vertidas desde los más diversos enfoques; en todo caso, todas ellas aluden de un modo u otro a su faceta comunicativa (en ocasiones, incluso pedagógica), a su trascendencia (más allá del artista e incluso del tiempo), a su conexión con la estética (con independencia de los valores que la integren en cada momento histórico), a su carácter provocador o disruptivo (el artista muestra el camino), a su intrínseca conexión con la creatividad y a su ligazón con la cultura.

La aproximación jurídica al arte también se ha llevado a cabo desde diversos prismas o perspectivas que hacen referencia a la creación, a la imaginación y a la aportación indispensable del arte a la riqueza y a la diversidad cultural e ideológica de las sociedades democráticas. El reciente Manifiesto por la Libertad de Expresión Artística y Cultural en la Era Digital enfatiza que los artistas «[...] revelan las verdades incómodas, nombran lo innombrable y visibilizan lo invisible [...] creando espacios para el debate social en el seno y más allá del discurso político dominante»⁴; y recuerda que «[...] es la diversidad de culturas, lenguas, formas artísticas y libertad de expresión artística lo que nutre el diálogo intercultural y la cooperación»⁵. En la misma línea, la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural (París, 2 de noviembre de 2001) concibe la diversidad como una fuente de expresión, creación e innovación tan necesaria para la humanidad como la diversidad biológica y, en ese sentido, declara que la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad⁶.

En la Constitución española (CE), la dimensión cultural y artística no se limita al reconocimiento explícito del derecho a la libertad de creación artística y científica (art. 20.1.b) CE) en directa conexión con la libertad ideológica (art. 16.1 CE), sino que comprende también la pluralidad y diversidad lingüística (art. 3.3 CE), el mandato expreso a los poderes públicos de *facilitar* la participación de todos los ciudadanos en la *vida política, económica, cultural y social* (arts. 9.2 y 48 CE), la llamada a la proactividad de los poderes públicos para garantizar del acceso a la cultura (art. 44 CE) y la protección y difusión del patrimonio histórico-artístico (art. 46 CE)⁷. Tal disposición proactiva se enmarca, ciertamente, en la caracterización de estas previsiones normativas como *principios rectores de la política social y económica* (Capítulo III CE), cuya proyección y eficacia jurídica (su reconsideración) constituye uno de los retos que es necesario abordar en la sociedad actual⁸.

En esta (apresurada) aproximación a la dimensión jurídico-artística de la Constitución adquiere relevancia propia el reconocimiento explícito e *individualizado* del derecho fundamental a la libertad de *creación y producción artística* (el art. 20.1.b) CE)⁹, en consonancia, por otra parte, con otros textos constitucionales de nuestra tradición jurídica que contienen menciones específicas a la expresión artística, el arte o la libertad cultural¹⁰. La concreción del contenido de este derecho fundamental (de su núcleo y de su alcance) se ha articulado (y se articula) en torno al debate sobre si constituye un derecho fundamental autónomo con un contenido propio y diverso al del resto de las libertades comunicativas reconocidas en el precepto o si, por el contrario, es una faceta o vertiente del derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1. a) CE¹¹.

Ciertamente, este *deslinde* entre ambos derechos (libertad de expresión y libertad de creación artística) no es habitual en los textos internacionales, en los que ambas libertades aparecen imbricadas. Así, el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no contiene referencia alguna a la *creación artística* o a las formas artísticas de la libertad de expresión. Por su parte, el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) parece partir de una cierta subordinación del derecho a la libertad de creación artística respecto a la libertad de expresión, en la medida en que es esta (la libertad de expresión) la que *comprende* aquella y

que el precepto alude a la *forma* de la expresión (sea esta impresa o *artística*). Como señala el informe del relator especial sobre la promoción y protección de la libertad de opinión y expresión, el motivo de esta configuración es que «[...]el espectro de la expresión artística es tan amplio, dinámico, cambiante y expansivo que no puede limitarse por ninguna clase de definición transaccional»¹². El informe argumenta que, de esta forma, se evitan los problemas que suscita el hecho de tener que definir qué es arte, y concluye que el art. 19.2 PIDCIP protege *cualquier forma expresiva*, incluyendo las artísticas, con independencia del modo en que sea definido o evaluado el arte.

En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, la configuración del derecho a la libertad de creación de artística como un derecho autónomo no parece cuestionable. Y no solo por su mención explícita en el texto constitucional, sino también porque, tras unos titubeos iniciales, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC 51/2008, de 14 de abril (relativa a la novela *El Jardín de Villa Valeria*), sentencia que dota a este derecho de especificidad propia y abandona, por tanto, la concepción previa, que lo definía como una (mera) *concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones* reconocido en el art. 20.1.a) CE¹³ o como una faceta del mismo¹⁴. Se trata, pues, de un derecho autónomo cuyo «[...] objetivo principal [...] es proteger la libertad del propio proceso creativo, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (20.1 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares». Por su parte, el Tribunal Supremo se refiere con naturalidad a la libertad de creación artística como un derecho autónomo, lo que en principio «[...] excluiría que le afectaran los requisitos a que están sujetas las libertades de expresión e información»¹⁵.

Partiendo, pues, de esa autonomía de la libertad artística —que radica en su singularidad—, la cuestión relevante es determinar qué consecuencias jurídicas comporta; en particular, se trata de aclarar si la manifestación expresiva de lo *artístico* implica un ensanchamiento del margen del ejercicio legítimo del derecho, es decir, una protección reforzada frente a otros derechos o bienes jurídicos protegidos (en la misma línea que los derechos a la libertad de expresión e información).

Las posturas reticentes a considerar la especificidad de lo *artístico* no solo se fundamentan en la aparente imposibilidad de acotar el concepto, sino también en el riesgo de que una configuración diferenciada del derecho pudiera dar lugar a la introducción de limitaciones de mayor intensidad o, desde una perspectiva diversa pero complementaria, en el riesgo de que la defensa de la obra creada pueda depender de que se la califique como artística, atendiendo al carácter ciertamente vago de la noción.

En mi opinión, sin embargo, la autonomía o especificidad del derecho a la libertad de creación artística juega un papel esencial en la labor de contextualización del ejercicio del derecho y de ponderación entre derechos cuando aquel entra en conflicto con otros derechos o bienes jurídicamente protegidos como el derecho al honor, el derecho a la intimidad o a la propia imagen, la protección de los sentimientos religiosos o del orden o moral públicos (en relación con la protección de la infancia y la juventud, por ejemplo). Considero que tomar en consideración esa *singularidad* de lo artístico resulta determinante

a la hora de brindar una protección reforzada a esta libertad. Se trata, en definitiva, de no obviar las particularidades propias de la creación y difusión artística, y de tener en cuenta la dimensión *artística* del eventual conflicto —lo que, como se verá, no es habitual en la jurisprudencia constitucional ni en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no faltan algunos ejemplos al respecto—.

1.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA SIN NECESIDAD DE TENER QUE DEFINIR QUÉ ES ARTE

Ciertamente, la distinción entre aquello que se enmarca en el ejercicio de la libertad de expresión y aquello que se inscribe en el ámbito de la creación artística puede ser una tarea compleja. El debate sobre qué puede ser calificado como *arte* o *artístico* podría conducir a discusiones o disquisiciones estériles, pues supone adentrarse en un terreno movedizo aparentemente ajeno a la ciencia jurídica. Gombrich (1997)¹⁶ ya puso de manifiesto la imposibilidad de aprehender el concepto de *arte*, pues ello depende de toda una serie de factores externos y extrajurídicos (entre ellos, el momento histórico e, incluso, los intermediarios entre el artista y el público). Como afirmó el autor citado, no existe el *Arte*, sino los artistas.

No obstante, la operación jurídica de delimitación del concepto de lo *artístico* es posible. Desde la perspectiva de dotar de contenido propio al derecho fundamental a la libertad de creación artística, la cuestión no radica tanto en saber qué es *Arte* (ni definirlo *a priori*, dado su carácter esencialmente dinámico) cuanto en determinar si, en el concreto caso de análisis y mediante un proceso de contextualización, lo controvertido puede o no considerarse una obra artística a fin de otorgarle una protección acrecida —como aquí se mantiene— en el caso de colisión con otros derechos.

Obviamente, el derecho a la libertad de creación artística se encuentra profundamente enraizado en la libertad de expresión y, en ocasiones, resultará difícil determinar con exactitud cuál ha sido el derecho ejercido. Pero esa estrecha interconexión también se aprecia entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, y es ya clásica la jurisprudencia constitucional que parte de la necesidad de aclarar cuál es el derecho *preeminente* o *preponderante*, dado que los contornos y requisitos de ambos derechos no son los mismos —particularmente, la exigencia de veracidad de la información como diligencia profesional de averiguación de los hechos (que no resulta exigible a la libertad de expresión) o la aseveración de que la libertad de expresión no ampara los insultos o las vejaciones—.

Una vez se ha determinado que es el derecho *preponderante*, el otorgamiento de una protección cualificada o acrecida¹⁷ al ejercicio de la libertad de creación artística frente a injerencias externas —o, si se quiere, el ensanchamiento de su ámbito de actuación legítimo— no debería suscitar extrañeza. Esta protección reforzada es habitual en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, cuando la libertad de expresión se ejerce por los abogados en el ejercicio de su función de asistencia técnica y defensa¹⁸ o en el *fragor de un debate político*. El contexto (*la contextualización* del ejercicio del derecho) deviene elemento clave

o primordial en ambos supuestos: en el primero, porque en el ejercicio de la libertad de expresión están implicados otros derechos —el derecho de defensa (art. 24.2 CE)—; en el segundo, porque las expresiones controvertidas, calificadas de hirientes, se enmarcan en un debate nítidamente público y de notorio interés, y fueron pronunciadas por un periodista y se referían a la actividad de dirigentes políticos como tales¹⁹. La libertad de expresión se concibe, entonces, como *especialmente resistente*, «[...] inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar». En la línea apuntada, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es constante en el sentido de recordar que apenas hay lugar para las restricciones a la libertad de expresión en dos ámbitos: el del discurso político y el de las cuestiones de interés general²⁰.

Esa especial resistencia o ese estrecho margen para aceptar las restricciones a la libertad de creación artística es lo que aquí se defiende y, por ello, el primer paso consiste en determinar si el derecho ejercido es o no es el derecho a la libertad de creación artística. Para llevar a cabo este proceso de concreción, son muchos y diversos los elementos que, a modo de *indicios* apreciados conjuntamente, permiten concluir (en una única inferencia lógica y razonable) que el derecho ejercido es el derecho a la libertad de creación artística —sin necesidad de definir qué es *arte*— para, a continuación, analizar el conflicto desde un prisma que no ignore la especificidad de esa dimensión artística.

1.1.1. Aportación cultural, creatividad, innovación y originalidad

La primera aproximación en el proceso de *identificación* del derecho a la libertad de creación artística debe partir de la dimensión cultural (antes referida), a la que debe sumarse su vínculo con la innovación, la creatividad y la originalidad. Tal como se desprende del debate del constituyente, existe una evidente conexión de este derecho con la garantía de la protección de la diversidad cultural y con la protección de los derechos de los creadores (propiedad intelectual)²¹. Por ello, la definición de lo que constituye *obra original* en la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) a efectos de delimitar su ámbito de aplicación y protección es también relevante para concretar la noción de *creación artística*.

El artículo 10.1 LPI dispone: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro [...]»; el precepto añade una enumeración ejemplificativa de obras que hace referencia a diversas manifestaciones en el ámbito de la literatura, la dramaturgia y representaciones teatrales, la danza, las producciones audiovisuales y cinematográficas, la obra plástica y visual... Hasta el título tiene consideración de obra original, y ello, desde luego, tiene su importancia en el ámbito del arte contemporáneo, desde el *Esto no es una pipa*, del surrealista Magritte, hasta *La imposibilidad física de la muerte en la mente de alguien vivo* o *Vaya por Dios*, de Damien Hirst —tiburón conservado en formaldehído y calavera, respectivamente—.

Más importante que el listado de obras artísticas es, sin embargo, el calificativo de *original* al que alude el mencionado precepto en relación con la *creación*, pues ello se relaciona

directamente con la *innovación*. En efecto, la *creación y producción* a las que hace referencia el art. 20.1.b) CE reenvían a un proceso *dinámico de gestación* que necesariamente deberá alumbrar *algo nuevo* (es decir, algo que no existía con anterioridad, aunque sea mediante la transformación de una obra preexistente); algo concreto, independiente y separable del proceso creativo anterior (sea este individual o colectivo) y que constituye una *expresión propia del autor*, su prolongación. No obstante, la dicotomía artista/obra (el proceso creativo y la difusión de lo creado) debe ser matizada, pues ni todo proceso de creación se realiza en la soledad o en la intimidad (en la oscuridad, antes del alumbramiento) ni toda obra o resultado de ese proceso de innovación es realmente separable del creador. En ocasiones, la *obra* es el propio proceso creativo (*performance*), esto es, no existe la creación de algo tangible y perdurable como resultado de ese proceso, sino que es la propia *acción* lo que constituye la obra. Y en no pocas ocasiones es el propio artista *actuante*, su propio cuerpo o su propia presencia, la materialización de ese proceso creativo (con independencia de su eventual documentación gráfica o videográfica, como *extensión añadida* de la obra).

A esta cualidad creativa e innovadora apunta el Tribunal Constitucional en la citada STC 51/2008 cuando delimita el derecho ejercido como libertad de creación artística (literaria); en tal caso, el TC señala que tiene lugar una «[...] transformación de la realidad para dar lugar a un universo de ficción nuevo»²². En la misma línea, aunque desde la perspectiva del derecho a la protección de la propiedad intelectual, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) vincula esa originalidad a la *reconoscibilidad de algo nuevo*, exigencia que implica que sea posible diferenciar la obra creada de las preexistentes y que la originalidad tenga una relevancia mínima suficiente a partir de la constatación del cumplimiento de los requisitos de singularidad, individualidad y *distinguibilidad*²³ (y, añade el TJUE, la necesidad de un cierto grado de *altura creativa* que, se adelanta, resulta irrelevante desde la perspectiva del contenido del derecho fundamental).

1.1.2. La condición subjetiva (artistas y/o intermediarios del arte)

La consideración de quién emite el juicio, opinión o información —el *criterio subjetivo*— es habitual en la jurisprudencia constitucional y constituye un elemento más que coadyuva a la identificación (y también a la contextualización) del derecho ejercido. Así, de acuerdo con la STC 43/2004, el factor subjetivo —no solo los abogados en ejercicio de su labor de defensa o los periodistas en determinados supuestos, como antes se señalaba, sino también la condición de *historiadores* de los guionistas de un documental potencialmente lesivo del derecho al honor de un tercero— constituye un elemento decisivo para identificar el derecho ejercido como libertad de creación científica. La ubicación en el ámbito de la *libertad científica del historiador* (y no en la de expresión o información) y el carácter *historiográfico* del documental resultan, a juicio del TC, determinantes para declarar el ejercicio legítimo del derecho y la no vulneración del derecho al honor: mediante una argumentación que podría extrapolarse a la libertad de creación artística, el TC afirma que se trata de «[...] un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y

no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescindiera de toda perspectiva ideológica o moral en la exposición del pasado»²⁴.

En el caso de la libertad de creación artística, la condición de artista o creador también resulta relevante. De hecho, como se adelantó, la calificación de determinada manifestación como «original» y «artística» se asocia en la jurisprudencia a una cierta *impronta personal*, al reflejo de la personalidad del autor que se manifiesta en la adopción de decisiones libres y creativas al tiempo de realizar la obra²⁵. La libertad artística, por otra parte, protege también a aquellas personas físicas o jurídicas que, aun sin ser inicialmente las creadoras, contribuyen de forma decisiva a su difusión o exhibición, precisamente porque es a partir de ese momento cuando puede surgir el conflicto —por ejemplo, en la STEDH de 20 de septiembre de 1994, *Otto Preminger Institut c. Austria*, la asociación cultural que habría programado la proyección de la película controvertida es la que reclama la protección de su derecho; y en la citada STC 43/2004, la demanda se interpuso contra la televisión autonómica que programó la emisión del documental—.

Ahora bien, el mero hecho de ser *artista* no resulta, *per se*, determinante para enmarcar la manifestación expresiva de que se trate en el ámbito de la libertad de creación artística, sino que deben concurrir otros elementos o indicios. Resulta ilustrativo, en este sentido, el caso del rapero César Strawberry (seudónimo), inicialmente absuelto por la Audiencia Nacional²⁶ de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas tipificado en el art. 578 del Código Penal (CP) en relación con diversos comentarios en la red social Twitter. Esta sentencia tuvo en cuenta la condición subjetiva del acusado (como cantante y letrista de dos grupos de rap, autor de varias novelas y comunicador con diversas incursiones en cine y televisión)²⁷ para encuadrar las expresiones vertidas en la libertad de creación artística²⁸ y, en el análisis individualizado de cada uno de los *tweets* controvertidos, puso de manifiesto la ironía de las expresiones o su carácter humorístico (humor negro), lo que redundaba en la ausencia del carácter humillante o vejatorio que requiere el tipo delictivo.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, recondujo la cuestión al ámbito del derecho a la libertad de expresión. En efecto, con independencia, ahora, de la (en mi opinión) desacertada conclusión condenatoria a la que llegó la STS de 18 de enero de 2017²⁹ —enmendada posteriormente por el Tribunal Constitucional en la STC 35/2020, de 25 de febrero, que otorgó el amparo a Strawberry declarando vulnerado su derecho a la libertad de expresión—, el TS no apreció *dimensión artística* alguna en los comentarios realizados, como tampoco lo hizo, después, el Tribunal Constitucional³⁰.

En definitiva, el calificativo *artístico* no puede deducirse únicamente del hecho de que la persona sea artista o trabaje habitualmente en el entorno artístico si lo controvertido *no es una obra artística* en la que concurren los otros elementos a los que se está aludiendo³¹. En el caso citado, resultaba ciertamente difícil calificar las opiniones políticas vertidas en Twitter como una forma de expresión artística, lo que no significa que no haya creaciones artísticas que utilicen o incluso tomen como *materia* de creación la mencionada red social³², o que no exista un arte marcadamente político (e incluso militante)³³.

1.1.3. El lenguaje específico de lo artístico (en especial, el elemento ficcional o distorsión de la realidad)

Esa innovación o transformación de la realidad que subyace a la creación artística enlaza, según la antes citada STC 51/2008, con el *elemento ficcional* o la *distorsión de la realidad* que, en la jurisprudencia, se aprecia como de uno de los rasgos característicos del lenguaje artístico —aunque no puede obviarse que resulta difícilmente trasladable a manifestaciones artísticas como las *performances* o arte de acción, por ejemplo, donde *la realidad* (sea esta biográfica, política o social) constituye el propio material artístico, ámbito en el que este criterio perdería utilidad—. Se parte así de la premisa de que el contenido de una obra artística (novela, película, representación teatral, etc.) no es real —aunque se alimente de la realidad o, incluso, pretenda representarla— y que ello permite ensanchar el margen de tolerancia. La ficción (apreciable fundamentalmente en la creación literaria, el cine o en otros productos audiovisuales), lo imaginado (en cuanto que no real) o el distanciamiento de la realidad embarcan al espectador y/o al público en un terreno distinto: el del juego, del entretenimiento, de la catarsis. Se establece un *pacto ficcional*³⁴, pues se sabe que la creación de que se trate es imaginada (aunque no se considere que el autor miente) tendiendo, así, a la *suspensión de la incredulidad*.

De ahí que, como se ha señalado, «[...] resultan insólitos los supuestos en los que el arte pueda provocar un daño real y cierto en bienes jurídicos concretos. Es difícil, podríamos decir, encontrar supuestos en los cuales la expresión artística, que se mueve, por definición, en el territorio de lo figurativo y lo imaginado, pueda ser comprendida dentro del concepto de *fighting words*. Las balas del artista en este campo pueden ser consideradas balas de fogueo»³⁵.

La constatación de esa *distorsión* o alejamiento de la realidad es un elemento que adquiere mayor relevancia en casos en los que la obra creada se basa en hechos reales y resulta, por tanto, posible identificar a las personas que inspiran a los personajes, pues ello incrementa el potencial efecto lesivo sobre el derecho al honor. Se detecta, así, una especial tensión entre las libertades de expresión, de creación artística y de información, que exigen la identificación del derecho preponderante tomando en consideración el *tratamiento más creativo o, por el contrario, más fidedigno* a los hechos y personas reales sobre los que versa la obra, es decir, *el mayor o menor distanciamiento de la realidad*. La STS de 27 de enero de 2017³⁶ descarta que el asunto que enjuicia pueda examinarse desde la perspectiva de la libertad artística que invocaba la recurrente —que alegaba que las expresiones controvertidas por la afectación al honor de una tercera persona formaban parte de una obra literaria del género de la *autoficción*— pues lo que predomina en los textos es la opinión crítica de la autora respecto de una persona que es *identificable*. Y, añade: «No hay el menor atisbo de creación de una nueva realidad imaginaria a partir de hechos o personajes reales, menos aún ficticios, ni se aprecia ningún interés cultural relevante que pudiera justificar los ataques personales a la demandante o la revelación de datos de su vida privada con una finalidad de creación literaria en el género de la *autoficción* o del relato de no ficción [...]». La sentencia declaró que se habían vulnerado los derechos al honor y a la intimidad familiar y personal de la demandante.

En esa misma línea, la *recognoscibilidad* (en definitiva, la posibilidad de identificar a la persona) resulta decisiva para afirmar que la portada de la revista *El Jueves*³⁷ en la que se ironizaba sobre unas declaraciones del entonces presidente del Gobierno sobre el desfile del 12 de octubre no vulneraba el derecho al honor ni el derecho a la propia imagen del legionario recurrente. En la STS 498/2015, Tribunal Supremo partió de la premisa de que se había utilizado su imagen, pero subrayó que *no resulta reconocible*, dado que su rostro se había cubierto con un «maquillaje» superpuesto al estilo de payaso; a ello añadió que el uso de la imagen del recurrente era accesorio e instrumental para exponer, en tono burlesco, una opinión crítica sobre unas afirmaciones realizadas por una persona con notoriedad pública, finalidad esencial de la portada en cuestión. Con cita de la STEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, la sentencia del TS remarcó que se trataba de un *montaje irónico*, que la caricatura constituye una de las vías más frecuentes de expresar, mediante la burla y la ironía, críticas sociales o políticas que coadyuvan a la formación de una opinión pública libre, y que, este tipo de sátira es una forma de expresión artística y de crítica que, con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad, perseguía naturalmente la provocación.

El *lenguaje específico de lo artístico* no se integra únicamente por la especial relación de la obra con la realidad, sino que pueden identificarse, además, *técnicas*, métodos concretos (artes plásticas, *performances*, arte digital, video arte, cine, etc.) o códigos habituales, entre ellos el tono provocador o perturbador, la subversión o la irreverencia³⁸. Con sus lógicas excepciones, es cierto que en el caso de muchos movimientos artísticos, artistas u obras concretas de la historia del arte anida una voluntad de «[...] sondear los límites de lo aceptable, de poner a prueba la supuesta indulgencia de una sociedad democrática»³⁹, de alzarse contra los convencionalismos, de arremeter contra lo burgués y/o lo académico, en un movimiento pendular en el que lo burgués se apropia de lo provocador, el antiarte del arte y la convencionalidad del desafío⁴⁰.

El contexto concreto en el que se crea y difunde la obra constituye un sedimento más en la definición de lo *artístico*. En este sentido, el lugar (entendido en sentido amplio) en el que se muestra la obra (museo, galería, web artística, cines, teatros, etc.) o la existencia de un marco referencial (prescriptores y entidades culturales, marchantes y coleccionistas identificadores de los artistas más *representativos* del arte contemporáneo y de las últimas tendencias) también puede resultar de utilidad no solo para identificar la dimensión artística de la expresión, sino también para valorar, en su caso, el alcance de la eventual injerencia legítima en derechos de terceros en atención al grado de visibilidad y difusión de la obra.

Todos estos elementos, que coadyuvan a la identificación de la *dimensión artística* de lo creado, deben ser apreciados a partir de la premisa de la irrelevancia de la altura creativa (o la calidad de la obra), de su carácter profesional o *amateur* e, incluso, del buen gusto de la misma, pues este no constituye un parámetro que pueda fundar la limitación del derecho⁴¹. No obstante, existen ejemplos en los que sí se alude al mérito artístico o, indirectamente, al carácter elitista de la obra. En la SETDH *Karatas c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, la consideración de que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) del autor de un poemario muy crítico con las instituciones turcas como conse-

cuencia de la imposición de una sanción penal partió, en cierta manera, del carácter *elitista* de la obra. El Tribunal tuvo en cuenta que se trataba de una *composición poética* que, por sus propias características y su lenguaje, estaba destinada a un público en principio minoritario y que, por tanto, su impacto potencial era limitado. En una línea similar, pero confirmando la actuación de los poderes públicos —incautar y prohibir la difusión de una película controvertida, la STEDH *Otto Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, argumentó que el carácter ofensivo de la obra (respecto de los sentimientos religiosos de la mayoría de la ciudadanía de la región) no se ve atenuado por sus *méritos artísticos* —lo que supone la emisión de un juicio de valor sobre la obra (calidad, contenido, forma) que no parece de recibo—. Esta jurisprudencia fue reiterada con posterioridad en la STEDH *Wingrove c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996, respecto de la obra *El éxtasis de Santa Teresa*, sin tomar en consideración que se trataba de un cortometraje experimental de difusión limitada, como había alegado el recurrente.

2. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y OTROS DERECHOS: LA NECESIDAD DE UN CANON DE ENJUICIAMIENTO ESPECÍFICO

Partiendo de la premisa de la *autonomía* como derecho fundamental de la libertad de creación artística y de la posibilidad de identificar cuándo se está ejerciendo el derecho, lo relevante consiste, como se apuntó antes, en dotar de efectos a esta singularidad y ello solo puede hacerse a través de la elaboración de un canon de enjuiciamiento específico que atienda a la dimensión artística de lo creado y propicie el ensanchamiento del margen del ejercicio legítimo de la libertad de creación artística. La sugerencia de la elaboración de un canon de enjuiciamiento específico ya ha sido apuntada —en el ámbito del control constitucional, si bien en un voto particular⁴²— en relación con el ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales y en atención a la especial afectación a la que pueden verse sometidos los derechos de la personalidad en Internet.

Por lo que respecta a la libertad de creación artística, este canon específico de enjuiciamiento debe incorporar la jurisprudencia del TEDH que proyecta también sobre las manifestaciones artísticas el *carácter eminente y esencial* en una sociedad democrática atribuido tradicionalmente a la libertad de expresión (*Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976 o *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988) y dotar al derecho a la libertad de creación artística de todo su potencial reactivo frente a eventuales intrusiones o injerencias.

El ejercicio de este derecho encuentra sus límites en el respeto de los demás derechos fundamentales y en las restricciones que impongan las leyes en la protección de otros bienes constitucionales⁴³. El artículo 20.4 CE menciona explícitamente —como límites específicos o *cortafuegos* de todas las libertades comunicativas— el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, así como la protección de la juventud y la infancia frente a

prácticas, por ejemplo, que se conciben como obscenas o inmorales (generalmente, aquellas obras que tienen un marcado carácter sexual o que abordan la sexualidad de forma explícita⁴⁴). Se trata, ciertamente, de derechos y colectivos especialmente vulnerables a los eventuales efectos adversos del ejercicio del derecho a la creación artística, ámbitos donde suelen plantearse los conflictos y la necesidad de ponderación entre los diferentes derechos. A esos límites deben sumarse, sin embargo, aquellos que impone la protección de otros bienes constitucionales como la dignidad de determinados colectivos —el *discurso del odio* (tipificado en el art. 510 CP)⁴⁵—, la protección de la *moralidad pública* —concepto de difícil concreción y dudosa aplicación—, la salvaguarda de los sentimientos religiosos para preservarlos de las ofensas —previsión que introduce un elemento ciertamente distorsionador, pues no solo es difícil definir qué se entiende por *sentimientos*: también es problemática la pretensión de que existe un derecho a *no ser ofendido*— o la protección de las víctimas de delitos de terrorismo —en la que se enmarca la previsión de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas (art. 578 CP)—.

Partiendo de lo expuesto, un canon de enjuiciamiento propio permitiría valorar, en caso de que el conflicto se plantee respecto del derecho al honor de una tercera persona —y, como se apuntó antes, considerando el mayor o menor distanciamiento de la realidad o la existencia de un elemento ficcional—, la posibilidad o no de identificar a personas reales, la determinación del carácter público o no de tales personas (pues las personas con relevancia pública deben soportar un mayor nivel de crítica y las instituciones públicas no requieren una protección reforzada del honor, tal como destacó el TEDH en *Otegi Mondragon c. España*), la contribución cultural y a la diversidad de opiniones, la pertenencia del lenguaje o código utilizado al terreno de lo artístico, etc. Con la sola integración de esa atención a los diversos elementos que conforman la libertad de creación artística, el proceso de ponderación experimentaría un viraje respecto de la escasa atención actual a la dimensión artística.

En los casos en los que la libertad de creación artística entra en conflicto con los sentimientos y creencias morales y/o religiosas, ese canon específico debería permitir, en primer lugar, la exclusión de la sanción penal —excepto en los casos de delito de odio⁴⁶ contra colectivos vulnerables cuando concorra incitación o riesgo real de incitación a la violencia— y, en segundo lugar, la evitación de las nuevas modalidades de censura a las que luego se aludirá.

Es cierto que en este ámbito, el de la moral y la religión, y dada la inexistencia de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, el TEDH ha reconocido tradicionalmente un mayor margen de apreciación a los Estados⁴⁷, que se ha traducido en una más amplia permisibilidad de aquellas medidas o normas que restringen la difusión de obras o fundamentan la imposición de sanciones penales. Así, en las STEDH antes citadas (*Otto Preminger Institut y Karatas*) la singularidad artística únicamente se tiene en cuenta para excluir su capacidad para disminuir la ofensa (por la irrelevancia de los méritos artísticos) en el primer caso, y para vincular la exclusión de la alteración del orden público al limitado público destinatario de la obra artística en el segundo. En sentido similar, la SETDH *I.A c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, consideró razonable y proporcionada

la condena por blasfemia del editor de una novela crítica desde un punto de vista teológico y filosófico.

La STEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007, marcó un primer viraje en esa jurisprudencia, dado que valoró de forma concreta la dimensión artística de la obra controvertida (el collage *Apocalypse* creado por Otto Mühl en el que aparecían figuras públicas en actitudes consideradas sexuales), subrayando que se trataba de una caricatura de las personas reflejadas realizada con un lenguaje satírico. La sátira, afirmó el TEDH, «[...] es una forma de expresión artística con un inherente componente de exageración y distorsión de la realidad, que pretende provocar y agitar». Resulta sorprendente, en cualquier caso, que el análisis de una obra plástica (mural pictórico-*collage*) se abordara principalmente desde la perspectiva del humor o la sátira y no desde su propia esencia como obra artística.

Esa línea se mantuvo en la posterior STEDH *Sekmadienis c. Lituania*, de 30 enero de 2018, que otorgó una protección prevalente a la libertad artística sobre el pretendido carácter *inapropiado* o lesivo para la moral pública de una publicidad creativa que utilizaba a personajes de la Biblia como reclamo para vender pantalones, poniendo el acento en el carácter *cómico* de la campaña y en el hecho de que no se había demostrado la intención de atacar la moral pública o de causar daños; de ahí, declaró el TEDH, el carácter desproporcionado de la multa impuesta y la vulneración del art. 10 CEDH. Y en la STEDH *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, de 17 de julio de 2018, el TEDH consideró que la acción llevada a cabo por las recurrentes (concierto musical reivindicativo de su grupo Pussy Riot en una catedral de Moscú) era un híbrido de *actuación y de expresión oral* y suponía una forma de expresión artística y política amparada por el art. 10 CEDH, poniendo de relieve que los tribunales nacionales no analizaron la letra de la canción, sino que se centraron en la conducta individual y en el vestuario de las cantantes y que, si bien pudo resultar ofensivo, no se atisbaba elemento alguno de odio o de incitación a la violencia, por lo que la condena penal impuesta había vulnerado la libertad de expresión de las componentes del grupo de forma especialmente severa.

En España, la colisión del derecho a la libertad de creación con los sentimientos religiosos (delito de ofensa a los sentimientos religiosos y escarnio de dogmas tipificado en el art. 525 CP) no ha dado lugar a ninguna condena (excepto en un caso que se dictó sentencia de conformidad). Son sobradamente conocidos los casos de los artistas Javier Krahe (por su vídeo *Cómo cocinar un crucifijo*)⁴⁸, Eugenio Merino (por su escultura de Franco en una máquina expendedora de bebidas), Leo Bassi (por sus parodias de la iglesia y del Papa) o Abel Azcona (por su obra *Pederastia*), cuyas causas penales han sido archivadas al no apreciarse la concurrencia de los elementos del tipo (básicamente, podía acreditarse la intención de ultraje o escarnio y las obras o *performances* no constituían una vejación para los que profesan o practican la religión católica). Las resoluciones dictadas suelen centrarse en la inexistencia de ese ánimo de escarnio (a favor, en cambio, de un *animus iocandi* en alguno de los casos), pero no llevan a cabo una referencia singularizada y dotada de contenido sobre el derecho fundamental a la libertad de creación artística. En el caso de la obra *Pederastia*, por poner un ejemplo, el auto por el que se dicta el sobreseimiento libre⁴⁹ declara que en la exposición

se exhibe el montaje de fotografías *que recogen el proceso de elaboración de la obra o performance* y la considera una muestra crítica amparada por la libertad de expresión, pero no aborda la cuestión desde la dimensión artística de la obra controvertida.

Más complejo es el caso del cantante Valtònyc, condenado por la Audiencia Nacional⁵⁰ por varios ilícitos —delito de injurias al rey, delito de enaltecimiento del terrorismo y delito de amenazas— que, a juicio del órgano sentenciador, cometió a través del contenido de las letras de algunas de sus canciones. En este caso, la Audiencia Nacional tomó en consideración la dimensión artística para dar respuesta a las alegaciones del acusado, que arguyó que las canciones cuestionadas «[...] son metáforas y que lo que quiere es provocar, como todo arte; que se considera poeta, artista». Sin embargo, no se extrae de tal dimensión artística ninguna consecuencia específica. La sentencia se limita a constatar la correcta inclusión en el tipo, afirmando que, de las pruebas practicadas, se infiere sin género de dudas la autoría del acusado de los hechos constitutivos de los delitos «[...] a cuya comisión no obstan las alegaciones del mismo ni quedan amparadas las conductas por el concreto género musical al que se adscriben las canciones y en contexto socio temporal en que surgió, ni por el invocado carácter satírico, de mera hipérbole o crítica inmoderada contra instituciones políticas invocada por la defensa. Tales alegatos no excluyen el indudable contenido objetivo de aquellas ni el dolo exigido para el perfeccionamiento de los tipos». Los posteriores recursos del cantante ante el Tribunal Constitucional y el TEDH fueron inadmitidos a trámite. En todo caso, en la sentencia condenatoria se echa de menos un análisis centrado en el eventual encaje de las canciones del artista en el contenido del derecho a la libertad de creación artística.

En definitiva, sería contraproducente que el arte, en cualquiera de sus manifestaciones, solo pueda ser exhibido en el caso de que se acomode al buen gusto, a las buenas costumbres, a las convenciones sociales o al escrupuloso respeto (la ausencia de ofensa) a sentimientos religiosos o de convicciones morales. No parece que el criterio del *ciudadano medio*, utilizado en otros ámbitos para calibrar qué es lo aceptable o tolerable, pueda ser de mucha utilidad respecto de la creación artística que desborda, aunque no siempre, los cauces ya formados⁵¹. Por ello, la singularidad del derecho a la libre creación artística debería redundar, precisamente, en un ensanchamiento de márgenes de la legitimidad de su ejercicio, sin que ello suponga convertirlo en un derecho ilimitado o ajeno a los criterios jurisprudenciales establecidos en el ámbito de la libertad de expresión.

2.1. NECESIDAD VS. GRATUIDAD EN LA MANIFESTACIÓN ARTÍSTICA

En todo caso, el establecimiento de un canon específico de enjuiciamiento que atienda a la dimensión artística de la obra debe conducir a una reconsideración de la *necesaria conexión* entre lo creado y lo transmitido. En efecto, un elemento fundamental en la contextualización del derecho ejercido y en su ponderación con otros a fin de determinar su radio de legitimidad es la existencia de un vínculo o conexión (*necesidad*) entre lo expresado (o creado) y el mensaje o información que pretende transmitirse. Así, partiendo de la premisa general de que el derecho a la libertad de expresión (y también el de la libertad

de creación artística) ampara expresiones chocantes, perturbadoras o hirientes, pero no el insulto, la humillación o la vejación, la constatación de cuándo se trata de *expresiones vejatorias o humillantes* que se situarían extramuros del ejercicio legítimo de aquellos derechos fundamentales se vincula a esa *necesidad* o conexión entre el juicio de valor que se emite y la información o mensaje que se transmite; en definitiva, a la *pertinencia* (entendida como adecuación) de las expresiones vertidas para la difusión de las opiniones o informaciones de que se trate. Y este elemento, como se verá, debería ser objeto de una nueva reflexión para ser reinterpretado en el ámbito de la libertad de creación artística.

Este *juicio de necesidad* forma parte de una jurisprudencia constitucional clásica orientada a incluir en el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión y/o información aquellas manifestaciones que, a pesar de afectar al honor de terceros, se revelan necesarias para la exposición de ideas y opiniones de interés público y contribuyen a la formación de la opinión pública⁵²; o, a la inversa, para excluir aquellas manifestaciones que no resultan necesarias y que, podría decirse, no aportan nada a la comprensión del mensaje, no contribuyen al debate público y constituyen un ejercicio extralimitado o ilegítimo del derecho.

En aplicación de esa jurisprudencia se ha entendido, respecto del derecho a la información, que el apelativo *xenófobo* no puede considerarse vejatorio o humillante al *basarse en un hecho veraz* (en particular, la existencia de una denuncia a la policía por tal motivo) y *no resultar innecesaria* para la información que se pretendía transmitir en aquel caso (STC 29/2009, de 26 de enero). En el ámbito de la libertad de expresión, la reciente STC 192/2020, de 17 de diciembre (interrupción de celebración religiosa para repartir pasquines contra el aborto) remarca la inexistencia de un *punto de conexión* que permita entender la ceremonia religiosa como un foro de intercambio de ideas, pudiéndose difundir el mensaje por *medios alternativos* «sin necesidad de perturbar a los fieles»⁵³. Por su parte, la STC 190/2020, de 15 de diciembre, concluye que las expresiones controvertidas (*hay que prenderle fuego a la bandera*) resultan «[...] de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales [...]»; y, en fin, en la STC 93/2021, de 10 de mayo, se califican de innecesarios y desproporcionados —para defender las ideas antitaurinas de la autora— los comentarios que esta publicó en Facebook sobre un torero fallecido (en los que tacha de asesino al lidiador y celebra su muerte). En estos tres casos, las sentencias declaran la intromisión o injerencia ilegítima en los derechos a la libertad religiosa, en el honor de las instituciones públicas y en el derecho al honor de sus herederos, respectivamente; y es preciso subrayar que, excepto en el caso de los comentarios vertidos en Facebook, los recursos de amparo pretendían la salvaguarda del derecho de la libertad de expresión frente a condenas penales.

La contrapartida de ese juicio de necesidad o de la constatación de ese punto de conexión es *la gratuidad* (expresiones desconectadas del mensaje)⁵⁴ o su impertinencia (expresiones inadecuadas al fin pretendido). Considero, no obstante, que la determinación de lo que sea necesario o, por el contrario, gratuito —o la afirmación de la existencia de otras alternativas menos lesivas— no deja de ser compleja. Esa complejidad se pone de manifiesto en los votos particulares emitidos en las últimas sentencias citadas.

Así, en los votos particulares discrepantes formulados a la STC 192/2020 se señala que la existencia «[...] de alternativas de actuación del recurrente más deferentes y respetuosas con el derecho a la libertad religiosa no tiene —al menos en nuestra estimación— la fuerza argumental suficiente para excluir que se estaba ante una conducta de expresión». Por su parte, los votos particulares a la STC 190/2020 ponen de manifiesto que, más allá del lenguaje utilizado (duro, agresivo e incluso *ultrajante*), debió tenerse en cuenta el *contexto y circunstancias* concurrentes: las frases fueron proferidas contra un símbolo del Estado, su autor fue un representante sindical, los hechos ocurrieron en un acto de reivindicación laboral y en él ni se incitó a la violencia ni hubo alteraciones del orden público —existía, por tanto, *una conexión suficiente* entre la crítica vertida por el recurrente y los hechos de base—. En concreto, en el voto particular suscrito por la magistrada Balaguer Callejón y el magistrado Xiol Ríos se argumenta en estos términos: «La sentencia [...] pretende cifrar la ilegitimidad del ejercicio en la desconexión entre medios y fines, esto es, en la utilización de expresiones innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados y en la falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con esa reivindicación. Pero este argumento resulta abiertamente contraintuitivo. La necesidad de la expresión o las expresiones consideradas punibles, al fin y al cabo, se demuestra concurrente en la medida en que fueron las que hicieron reaccionar, después de la celebración de varias manifestaciones en el mismo lugar y en las mismas circunstancias, a quienes estaban asistiendo al acto de izado de la bandera, a la sazón aquellos a quienes estaba dirigida la protesta sindical»⁵⁵.

La dificultad para apreciar esa conexión o *necesidad*, descartando su carácter gratuito, se incrementa exponencialmente cuando se ejerce el derecho a la libertad de creación artística. En el ámbito artístico, el marco no deja de ser autorreferencial; podría, de hecho, hablarse de la contextualización autorreferencial de la expresión artística. Esto es, durante el *proceso creativo* (que debe quedar al margen de cualquier interferencia ilegítima de terceros) nada es gratuito para la persona o colectivo creador. La subjetividad extrema que caracteriza a ese proceso —y que dará lugar a una obra que es *prolongación del autor*— no permite constatar qué elementos eran o no necesarios para construir el mensaje que se deseaba transmitir, de modo similar o parejo al que se realiza respecto de la emisión de opiniones o informaciones —conclusión que resulta extrapolable a las personas y entidades que asumen la proyección, difusión o exhibición de la obra, pues en ese caso la necesidad radica precisamente en la voluntad de dar a conocer lo creado por el artista—.

A esa intensa subjetividad del proceso creativo se añade el hecho de que, una vez difundida la obra, es la mirada del público o del espectador la que la dota de contenido: «[...] la intención desempeña un papel muy importante en la pintura; es algo inevitable; pero cuando el artista divulga la obra y dice que está acabada, la intención pierde fuerza. Entonces la obra se acomete a todo tipo de usos y comentarios. A veces alguien la considera de una determinada forma y cambia de significado incluso para quien la hizo. Ya no se habla de intención, sino de algo que se ve y a lo que se responde» (Johns, 1987)⁵⁶. La obra tiene, a partir de ese momento, *personalidad propia* y se le pueden atribuir significados no necesariamente pretendidos por el artista (o no figurados)⁵⁷.

Se trata, sin embargo, de un criterio, el de la *necesidad*, que no es extraño en la jurisprudencia. En la varias veces citada STEDH *Otto Preminger Institut* no se aprecia la vulneración del art. 10 CEDH como consecuencia de la adopción de medidas destinadas a prohibir la difusión de la película por considerarla *gratuitamente ofensiva* y resultar urgente la preservación de la paz religiosa en la región⁵⁸. El alcance del derecho se aborda partiendo de la premisa de que su ejercicio debe evitar *expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros* y que *no contribuyan a un debate capaz de hacer progresar a la humanidad*. La necesidad o conexión no se valora aquí, sin embargo, entre lo creado (o difundido) y lo que pretendía comunicar el artista (o el organizador de la proyección), como se ha visto en los anteriores ejemplos. Dada la imposibilidad de apreciar la gratuidad en esa primera fase, el foco se desplaza y la *necesidad* se valora respecto de lo creado (y difundido) y lo percibido como *ofensivo* por otros, con independencia de la intención del autor y negando *a priori* la contribución al debate social.

La inexistencia de conexión fue también determinante de la condena de los dos humoristas gráficos de la revista *El Jueves*⁵⁹ que, tras la aprobación por el Gobierno de una prestación por natalidad (el llamado «cheque bebé»), dibujaron una conocida portada cuyos protagonistas eran los príncipes herederos. La dimensión artística (entrelazada aquí con el humor crítico) no es valorada en la sentencia del órgano sentenciador, que se limitó a poner de manifiesto su *gratuidad* en estos términos: «Carece de toda lógica, común y jurídica, que se diga criticar o satirizar la promesa gubernamental del subsidio de natalidad como alegan los acusados y se utilice para ello al príncipe heredero en la situación y con el texto que consta. Lo que evidentemente resulta, [...] es que con dicho pretexto se trata de desprestigiar a la Corona, con un ánimo palmario de escarnio y desprecio para una persona que forma parte de aquellas especialmente protegidas por el legislador no tanto como tal sino, digámoslo una vez más, como parte de una institución constitucional digna de especial protección».

Tampoco apreció esa necesidad, haciendo hincapié en la existencia de alternativas menos gravosas, la sentencia del Tribunal Supremo⁶⁰ que confirmó la condena por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen como consecuencia de la emisión en un programa televisivo del video-montaje *El espectáculo de los obispos —sketch* humorístico en el que, tras la imagen de la demandante (persona sin proyección pública) en *topless*, se inserta un vídeo de unos obispos aplaudiendo—. En este caso, sin embargo, la clave es la posibilidad de identificación de una persona cuya imagen se difunde sin su consentimiento; de hecho, el TS subrayó que la libertad creativa no puede legitimar la intromisión porque existían alternativas menos gravosas⁶¹ «[...] ya que el mismo resultado habría podido lograrse mediante una imagen equivalente pero consentida en su captación y para su difusión por la titular del derecho fundamental».

Lo hasta ahora expuesto sobre la dificultad (e improcedencia) de aplicar el criterio de *necesidad* o *conexión* al ámbito artístico se aprecia con mayor claridad en el caso del humor. El humor, la sátira, o la parodia constituyen ejemplos de una singular intersección de libertades: frecuentemente enraizadas en la libertad político-ideológica, son una muestra de

la libertad de expresión, de la creación artística y literaria en las que la determinación de lo que resulta inadecuado o gratuito es una pretensión inútil, pues el humor se basa precisamente en el factor sorpresivo. La subsumción en la libertad de creación artística permitiría la aplicación de un canon de protección reforzado. Esta dimensión fue directamente obviada en el ya mencionado caso de la portada de *El Jueves*, en el que la sentencia afirma: «Que tales imputaciones unidas indisolublemente con el dibujo que refleja la situación citada son indudablemente ultrajantes y ofensivas, objetivamente injuriosas *sea cual fuere la finalidad que digan perseguir sus autores* no parece que admita discusión alguna en cuanto encajan exactamente en la clásica definición de injurias de deshonrar, desacreditar o menospreciar a otro».

En ninguna de las sentencias citadas se tiene en cuenta la dimensión artística de lo creado, la impronta personal del artista y el elemento ficcional o de distorsión de realidad (aunque sea a través de la *recreación de la realidad*) al que antes se aludió, factores que, precisamente, rompen el vínculo de causalidad o de *necesidad*, impidiendo, en general, sostener la gratuidad o la innecesidad de lo creado y de *la forma en que se ha creado* (y, por tanto, su carácter vejatorio o humillante), pues no estamos en el terreno de lo real, aunque la obra pueda ofender, molestar, herir, perturbar o chocar (y aunque, ciertamente, en algunos terrenos de lo artístico se difuminen las fronteras entre lo real y lo ficcional)⁶². Resulta ineludible, en definitiva, reflexionar sobre la aplicación de el parámetro de la *necesidad* (o existencia de *punto de conexión*) cuando del ejercicio de la libertad de creación artística se trata.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: CONVULSIÓN DEL CONTEXTO, (RE) SIGNIFICACIÓN DE DERECHOS Y MUTACIÓN DE CENSURAS

Al utilizar la expresión *convulsión* del contexto me refiero a los cambios de gran impacto que ha experimentado la sociedad con la irrupción, consolidación y expansión de las nuevas tecnologías. En otra ocasión he defendido la necesidad y la procedencia de *resignificar* los derechos y libertades comunicativas contenidos en el art. 20 CE⁶³ a la luz de una nueva realidad social que es jurídicamente relevante⁶⁴: la sociedad digitalizada e hiperconectada. Debe partirse de una lectura evolutiva del texto constitucional y de la jurisprudencia sobre esas libertades y los derechos que conforman sus límites (el derecho al honor, a la intimidad, a la privacidad y a la propia imagen) teniendo en cuenta los *usos sociales* y el *cambio de percepción* de estos derechos⁶⁵. En la sociedad 4.0 se constata un cambio en la intervención y la interacción de los sujetos, así como una modificación de los espacios y de formas de expresión que obligan a precisar los *nuevos* contornos de los derechos fundamentales porque la realidad en la que se aplican se ha transformado y sigue en proceso de transformación⁶⁶.

Por lo que concierne a la libertad de creación artística, las nuevas tecnologías y la democratización de los formatos (entre ellos, el vídeo) propiciaron el surgimiento del llamado arte digital, así como el aumento de las posibilidades de los ciudadanos para devenir creadores y difundir sus creaciones. El crecimiento exponencial y la convergencia de las nuevas

tecnologías, las redes sociales y la inteligencia artificial ha influido decisivamente no solo en las creaciones propiamente digitales, sino también, o especialmente, en los canales de difusión y de remuneración de los artistas⁶⁷. Se constata la aparición de nuevos sujetos y espacios que se interrelacionan rompiendo las categorías tradicionales; de la misma forma que la noción de *periodista o informador* debe ser redefinida, también la de arte o artistas requiere un enfoque abierto.

Por otro lado, este nuevo contexto facilita el acceso a la cultura (por ejemplo, a obras del patrimonio histórico-artístico o que conforman las colecciones o patrimonio de instituciones culturales) y, aparentemente, incrementa la visibilidad de artistas y creaciones, pero plantea algunos interrogantes. Así, el aparente aumento de las posibilidades de difusión de los contenidos artísticos convive con una fragmentación de la audiencia (nichos) y con lo que podría denominarse *orientación algorítmica* de las redes que puede redundar en una nueva *uniformidad de contenidos* mediante la eliminación, por ejemplo, de aquellos que no se correspondan con los términos de uso y de contenidos de las plataformas, con la consecuente pérdida de diversidad. Estos nuevos protagonistas, los *intermediarios*, asumen una función de moderación de contenidos —que, tradicionalmente, se asociaba a la intervención de los poderes públicos— basada en sus propios criterios y términos de uso (pero aplican conceptos netamente jurídicos como el del *discurso del odio*, que pierden densidad o concreción)⁶⁸.

En segundo lugar, y en directa relación con lo anterior, la sobreexposición que comporta el uso intensivo de redes sociales, de webs o de otras plataformas de difusión y compartición de contenidos, por poner algunos ejemplos, ha influido de forma indiscutible, en mi opinión, en la germinación de un control social *de lo que se hace y lo que se dice* en las redes. La capacidad de *replicación* (fenómeno viral) y de expansión de los discursos expresivos y creativos a través de este medio se corresponde con un incremento de la *sensibilidad penal* —tendencia que puede constatarse, por ejemplo, analizando el aumento, a partir de 2015, de las causas penales en las que el elemento común es el uso de redes sociales como Twitter o Facebook para verter comentarios o publicar imágenes que se consideran ofensivas del honor, la moral o los sentimientos religiosos—. Se aprecia un auge de control horizontal o entre particulares acompañado de una *hiperreacción* frente a la difusión de obras o exposiciones artísticas consideradas ofensivas para los sentimientos religiosos o morales⁶⁹. A esta *hiperreacción* se refiere Ramos Vázquez (2019) desde una perspectiva más amplia y en relación con la confrontación del derecho a la libertad de creación artística y la eventual ofensa de los sentimientos religiosos, con la alusión al *uso mediático del artículo 525 del Código Penal*, «[...] delito que parecía estar muerto y que, súbitamente, ha resucitado en nuestro panorama jurisprudencial», si bien, como puntualiza el autor y se señaló *supra*, todos los casos han concluido con un archivo o una absolución⁷⁰.

Ciertamente, no se trata de reacciones calificables como la *censura previa* que prohíbe el art. 20.2 CE —referida a aquellas actuaciones que limiten la elaboración o impidan la difusión de una obra mediante su sometimiento al escrutinio previo por parte del poder público a fin de otorgar el plácet si la obra se acomoda a determinados valores abstractos cuya concreción realiza el censor (STC 187/1999, FJ 5)⁷¹—. Tampoco puede sostenerse

que exista una imposición directa por parte de los poderes públicos de un *arte* apropiado o institucional y que denuesten (como reverso) las formas artísticas que no se correspondan con las consignas oficiales o institucionales⁷². La convulsión en el contexto social y el cambio de escenarios y roles ha generado una *mutación* de la censura. No se trata ya de la censura previa ejercida por los poderes públicos e instrumentalizada a través de la figura del censor (censura paternalista), sino de una censura más líquida que consiste en controlar que los contenidos (también artísticos) sean adecuados *para prevenir una eventual ofensa*. En esa mutación se ubica el discurso de *lo políticamente correcto* o la corriente (surgida en EE. UU.) de la llamada *cultura de la cancelación*, «[...] que ponen de relieve la aparición de dinámicas de control entre particulares, de carácter horizontal»⁷³.

En esa mutación de la censura se inscribe también el impropio *aviso penal para artistas*, como aviso para navegantes, consistente en la instrumentalización de la ofensa a través de la interposición de querellas que, aun cuando sean archivadas, han generado ya un impacto psicológico, económico y social que lleva aparejado un efecto desaliento en el ejercicio del derecho y la consiguiente autocensura del creador desde el mismo momento de la incoación del proceso. Los efectos negativos de la autocensura en el ejercicio de la libertad de expresión y de información (debe añadirse, también, la creación artística) ya fueron puestos de relieve por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, en la que subrayó los *efectos negativos indirectos* «[...] que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio»⁷⁴.

El efecto desaliento o *chilling effect* no es producto únicamente de ese exceso en la instrumentalización del proceso penal; lo es también de la presión social y/o político-institucional que se sitúa en el ámbito de la prevención de lo molesto y que podría considerarse como una manifestación de esa censura líquida o indirecta a la que he aludido anteriormente: administraciones públicas que retiran campañas publicitarias de exposiciones pictóricas porque las pinturas son *obscenas*, cancelaciones de actuaciones locales en espacios municipales porque el cartel que publicita la actuación ha generado polémica, retiradas de obras de ferias de arte por la (de nuevo) polémica que genera la obra, avisos de interposición de querellas contra la organización de exposiciones retrospectivas de artistas que juegan en su creación con la distorsión de elementos religiosos... constituyen, todos ellos, ejemplos del modo en que la discusión o la polémica se conciben como un elemento limitantes (censores) de la creación artística, sin apreciar que, precisamente, esa discusión (ese fragor) constituye un elemento intrínseco de los debates sociales y que debe distinguirse (y no confundirse) de lo que constituyen conductas ilícitas o delictivas.

En definitiva, en este nuevo contexto resulta preciso proceder a una resignificación del derecho a la libertad de creación artística, en el sentido de darle contenido a su singularidad y reflexionar sobre las nuevas formas y medios a través de los que se ejerce el derecho, prestando especial atención a la mutación de las censuras a fin de evitar que esa esencial

contribución a la diversidad cultural que aporta la creación artística se diluya en la uniformidad de lo socialmente *aceptable*.

NOTAS

1. Wagensberg (2007).

2. Eco (1985: 56-58, 88-89, 100 y 106 ss.).

3. Bauman (2007: 15). Citando a Ortega y Gasset en la *Deshumanización del arte* («el poeta agranda el mundo al añadir a la realidad nuevos continentes de imaginación»), Bauman subraya que «autor» viene de *auctor* (el que aumenta) (*Ibid.*: 17).

4. «[...] spell out uncomfortable truths, speak the unspoken and make the unseen visible — using their artistic and cultural means, and creating spaces for societal debate within and beyond the mainstream bodies of political discourse and in social media» (Manifiesto on the Freedom of Expression of Arts and Culture in the Digital Era). Disponible en: <<https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/manifesto-on-the-freedom-of-expression-of-arts-and-culture-in-the-digital-era>>.

5. *Ibid.*

6. Define *cultura* como «el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias», (Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural).

7. Desde una perspectiva competencial, el art. 149.2 CE prevé que, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado *considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial*. Sobre la cláusula de *Estado democrático de cultura*, la función de los poderes públicos en este ámbito y la distribución de competencias en materia de cultura *vid.*, por todos, Vaquer Caballería (1998); y Prieto de Pedro (1992).

8. Sobre esta cuestión, *vid.*, por todos, Carmona Cuenca (2020). Sobre la caracterización y configuración de un *derecho a la cultura* (más que un derecho *de acceso* a la cultura) *vid.* Vaquer Caballería (2020). Disponible en: <<http://www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/issue/view/117>>.

9. Utilizo aquí el término de libertad de creación artística en un sentido amplio, incluyendo, por tanto, la libertad de creación y producción literaria, a la que también alude el art. 20.1.b) CE, desgajándola de la libertad de creación artística.

10. Por ejemplo, la Constitución alemana se refiere de forma expresa a la libertad de la cinematografía (junto a la libertad de prensa e información por los medios de comunicación) para, a continuación, añadir: «El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres». La Constitución Portuguesa diferencia de forma clara los derechos a la libertad de expresión e información (art. 37) y a la libertad de creación cultural (art. 42). En Francia, la reciente Ley n.º 2016-925, de 7 de julio, relativa a la libertad de creación, a la arquitectura y al patrimonio, dedica su primer artículo a declarar que «la creación artística es libre» y se ejerce en el marco de la regulación de la libertad de expresión. *Vid.* una aproximación comparada en Urías Martínez (2020: 343-370).

11. Haciéndose eco de este debate, Ruiz Palazuelos (2021: 16).

12. Research report on artistic freedom of expression (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, 24 Julio, 2020, Human Rights Council, General Assembly, United Nations. «The spectrum of artistic expression is wide and dynamic, ever-changing and expanding, and cannot be limited by some kind of transactional definition. Moreover, Article 19 of the ICCPR protects expressive media and, in the context of art, refers to “the form of art”. This language avoids the difficult, often deeply contested and subjective problems of definition (‘what is art?’) by instead focusing on the expression’s form. Put another way, whether one is considering painting, music, sculpture, film, photography, cartooning, performance, drama, comedy, or any other discipline (or non-discipline), digital or otherwise (and forms that cannot be identified or articulated today), the question is not, ‘does this media have artistic merit or qualify as art?’ Neither is it a value judgement (‘is it good?’ or ‘is it of social benefit?’). To the contrary, Article 19(2) must be read to govern expression through any media, including artistic forms, regardless of how art itself is defined or evaluated. One cannot deprive a particular expressive work of protection by calling it, for instance, propaganda. Human rights law neither preferences nor prioritizes certain forms of expression over others; all are to be protected and promoted, with limitations subject to the same legal framework». Disponible en: <<https://undocs.org/en/A/HRC/44/49/Add.2>>.

13. STC 153/1985, de 7 de noviembre, en relación con la calificación por edades de espectáculos teatrales, que cuenta con el voto particular del magistrado Rubio Llorente apuntando ya a la especificidad del derecho. Según Rubio, «[...] ni la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo, ni la protección de la juventud y de la infancia es una función reservada en exclusividad al Estado, pues todos los poderes públicos —y las Comunidades Autónomas sin duda lo son— están sujetos a la Constitución (9.1 de la CE), ni, sobre todo, y esto es lo decisivo, hay en el Decreto impugnado limitación alguna de ningún derecho fundamental».

14. ATC 152/1993, de 24 de mayo.

15. STS n.º 50/2017, de 27 de enero de 2017 (rec. 2139/2015) dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con la publicación de varios artículos, que se presentan por la autora como una *autoficción*, y la afectación del derecho al honor de terceros. Se dicta en la línea ya marcada por la previa STS n.º 441/2014, de 29 de julio de 2015 (rec. 880/2014) en relación con la película sobre crímenes de los marqueses de Urquijo.

16. Gombrich (1997: 463).

17. Expresión que utiliza la STC 43/2004, de 23 de marzo, en relación con la emisión del controvertido documental *Sumaríssim 477*, si bien en el ámbito de la creación científica, matizando dicha afirmación con la referencia al transcurso del tiempo, pero enfatizando, por otro lado, ese *especial saber técnico* que podría proyectarse también, en mi opinión, sobre la creación artística. «Es posible colegir [se afirma en la citada sentencia] que la libertad científica —en lo que ahora interesa, el debate histórico— disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que estas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquella, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información —pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 a) y d) CE— se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos». *Vid.* sobre esta cuestión Urías Martínez, Joaquín (2018: 617-624).

18. Por todas, STC 142/2020, de 19 de octubre (con cita y síntesis de la doctrina constitucional previa).
19. STC 79/2014, de 28 de mayo, desestimatoria del recurso de amparo interpuesto por dos políticos en relación con las expresiones y comentarios de un periodista de radio que consideraban lesivas de su derecho al honor.
20. Por todas, *Bédat c. Suiza*, de 29 de marzo de 2016.
21. *Vid.* Ruiz Palazuelos (2021: 121-126).
22. «Nuestro texto se caracteriza por poner el acento en la acción innovadora en sí misma, con independencia de su naturaleza artística o científica», incluyendo explícitamente las facultades de producción y creación, «configurando un nuevo tipo de discurso público específicamente protegido que se suma a las libertades de expresión e información» y, desde luego, «la difusión de contenidos innovadores que implican una reflexión creativa» (Urías Martínez, 2020: 344 ss.).
23. En este sentido, STS de 26 de abril de 2017 (rec. 2012/2014), Sección Primera, Sala Civil.
24. Remarca el Tribunal Constitucional que no puede obviarse la condición de historiadora de la periodista y el hecho de que el proceso de investigación ha durado varios meses, apareciendo en él destacados historiadores que valoran los hechos narrados.
25. STJUE C-145/2010, *Painer*, de 1 de diciembre, en relación con la protección de fotografías (desde la perspectiva de la protección de la propiedad intelectual).
26. SAN n.º 20/2016, de 18 de julio (rec. 5/2016), Sala de lo Penal.
27. Condición de artista que, en cambio, el voto particular discrepante toma en consideración, precisamente, para exigirle *un mayor cuidado* en sus intervenciones: «Y todo ello desde la perspectiva de que el acusado es persona versada en medios de comunicación, cantautor, compositor músico de películas, guionista, director y productor de películas y con numerosas publicaciones, que por tales condiciones debe dar respuesta positiva a quienes le siguen a través de su cuenta Twitter».
28. «La prueba pericial de la defensa sobre el análisis de su obra ha permitido encuadrar su actividad artística, y los testigos que ha aportado han servido para corroborar que en su vida tanto profesional como privada no mantiene postulados de apoyo a grupos terroristas o a la violencia de cualquier tipo, aunque sí una actitud irónica y provocadora».
29. STS n.º 4/2017, de 18 de enero, Sala de lo Penal.
30. La citada STC 35/2020 otorga el amparo al constatar la ausencia del inexcusable análisis preliminar de si la conducta controvertida encaja en el ejercicio legítimo del derecho fundamental, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal; ausencia que comporta, por sí sola, la vulneración del derecho a la libertad de expresión.
31. En efecto, en este caso ni resulta apreciable su aportación cultural, ni concurre el elemento ficcional o de distorsión de la realidad ni se alumbra algo nuevo que innove o transforme la realidad más allá de la plasmación escrita de una opinión.
32. Como el llamado *mail art* (a través de cartas y postales) de Ray Jonhson, seguido por la artista Martha Rosler. En esas acciones cada una de las postales trascendía de su mero significado como medio de comunicación/recordatorio y formaban todas ellas parte integrante de una acción artística: por ejemplo, *Budding Gourmet* (postales enviadas a más de 300 personas cada 6 o 7 días) o sus novelas con postales. *Vid.* el catálogo de la primera retrospectiva de la artista (Alberro, 1999: esp. 90-95).

33. *Vid.* por ejemplo, sobre arte feminista, Reckitt (ed.) (2005), volumen que se asoma a las relaciones entre arte y feminismo, bien sea reivindicativo contra la opresión de las mujeres, bien sea expresivo de la vivencia en un cuerpo femenino en un determinado momento o lugar, explorando la diferencia sexual o las presunciones de género (*vid.* prólogo) y haciendo un recorrido por artistas como Guerrilla Girls, Martha Rosler, Valie Export o Marina Abramović.

34. Eco (1997).

35. Vázquez Alonso (2014: 89).

36. STS n.º 50/2017, de 27 de enero de 2017 (rec. 2139/2015), Sección Primera, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sentencia que constituye un ejemplo de declinación del concepto de obra *artística* y de aplicación de la jurisprudencia constitucional de la *preponderancia* del derecho para determinar si se encuentra ante el ejercicio a la libertad de expresión o el ejercicio a la libertad de información (profundamente imbricados) a fin de aplicar o no el criterio de veracidad.

37. STS n.º 498/2015, de 15 de septiembre (rec. 2347/2013), Sección Primera, Sala de lo Civil.

38. Alcantarilla Hidalgo (2018: 35-160).

39. Atanes (2020: 122). El autor narra las vicisitudes de la obra *Nekromantik 2* y de su autor Jörg Buttgerit. Al carácter irreverente del artista (el derecho a la irreverencia) se refiere también Vázquez Alonso (2014: 91). En la misma línea, Alcantarilla Hidalgo (2018).

40. Expresa Gombrich (1997: 480), refiriéndose a las vanguardias, pero con palabras que no han perdido vigencia, que «[...] el triunfo de las vanguardias llevó a los inconformistas a una contradicción. Era comprensible que los jóvenes estudiantes se sintieran provocados por los puntos de vista convencionales a hacer antiarte, pero tan pronto como el antiarte empezó a recibir apoyo oficial, se convirtió en Arte con mayúscula y, entonces, ¿qué quedaba por desafiar?». Y antes: «A partir del siglo XIX han sido muchos los artistas que se han proclamado luchadores contra el pomposo convencionalismo y que han hecho una bandera de la necesidad de epatar al burgués. Lo malo es que, mientras tanto, el burgués ha descubierto que quedarse pasmado resulta bastante divertido».

41. Alcantarilla Hidalgo (2018: 45) afirma lo siguiente: «El buen gusto ha quedado relegado al rango de mero valor moral del que nuestra doctrina constitucional ha dicho, al igual que de otras categorías como “la calidad literaria” o la “elegancia estilística”, que no puede constituir un límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión o a la libertad de creación literaria».

42. Se trata del voto particular formulado a la STC 93/2021 por la magistrada Balaguer Callejón en el que se apunta la necesidad de desarrollar un canon de enjuiciamiento específico basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que empieza a ser consolidada, citando, en este sentido, la STEDH de 16 de julio de 2013, asunto *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia*; a la que pueden añadirse las recientes SSTEDH de 7 de diciembre de 2021, *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria* (ámbito de la libertad de prensa y anonimato en la red) o *Sánchez c. Francia*, (responsabilidad del titular de una cuenta de Facebook respecto de los comentarios de terceros).

43. *Vid.* Villaverde Menéndez (2018, esp. 604-610). En estas páginas el autor repasa y sintetiza los límites aplicados a la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional.

44. Sobre la *moral pública* como límite a la libertad de creación artística, *vid.* Del Moral Sánchez (2016: esp. 6). En relación con el arte y la pornografía, en especial, respecto de la categoría de *obscenidad*, *vid.* Valero Heredia (2022), una exhaustiva monografía que ilustra con ejemplos la evolución de la jurisprudencia en Estados Unidos y en la Unión Europea y que aborda las intersecciones con el feminismo (y sus diferentes posturas) y con la protección de la infancia y de la juventud.

45. Sobre libertad de expresión y delito de odio en la jurisprudencia del TEDH, *vid.* Díez Bueso (2017: 37-64).

46. La Decisión de inadmisión del TEDH *M'Bala M'Bala c. Francia*, de 20 de octubre de 2015, subraya que el carácter artístico no puede ser invocado para eludir los límites y cometer actos ilícitos. Por esta razón, en relación con las manifestaciones antisemitas realizadas por un humorista desde el escenario al acabar su espectáculo, rindiendo homenaje a un conocido negacionista que había sido previamente condenado por cuestionamiento de delito contra la humanidad, el TEDH reconoce que, si bien la protección otorgada por el art. 10 CEDH se aplica igualmente a la sátira, el tono general de la obra y su «objetivo» tenían un marcado carácter negacionista que contraría los valores fundamentales del Convenio que son la justicia y la paz. Por ello aplica el enfoque de exclusión de protección (prohibición de abuso de derecho *ex art.* 17 CEDH) al considerar que se intenta utilizar el derecho a la libertad de expresión con fines contrarios a la letra y al espíritu del Convenio constatando que «[...] la velada había perdido su carácter de espectáculo de divertimento para convertirse en un mitin», sin que el demandante pueda pretender que el mero hecho de haber actuado en la condición de artista a través de la sátira, el humor y la provocación le exonere de la aplicación del delito de odio. *Vid.*, sobre este particular, Díez Bueso (2017: esp. 33 ss.).

47. Falta de consenso europeo, integrado por las legislaciones de los Estados miembros y por las opiniones de expertos (consenso científico), que también subyacía en la inicial jurisprudencia del TEDH respecto del reconocimiento de la identidad sexual y la libre orientación sexual: por ejemplo, en la STEDH *Kopf c. Austria* (respecto del matrimonio homosexual) o *Fretté c. Francia* (en relación con la adopción de un menor por padres homosexuales).

48. Sobre el caso Krahe resulta de obligada lectura García Rubio (2014:397-453), en relación con el alcance y los límites de la libertad de creación artística y la libertad religiosa cuando entran en conflicto. *Vid.*, también, Ramos Vázquez (2019), trabajo en el que se recoge la jurisprudencia en materia de escarnio, en relación no solo con el caso de Javier Krahe, sino también con Leo Bassi, el artista Abel Azcona, la procesión del llamado «coño insumiso», el calendario COGAM, etc., y se realiza una disección del artículo 525 CP y de las diferentes posiciones doctrinales respecto de su interpretación.

49. Auto del Juzgado de Instrucción de Pamplona 429/2016, de 10 de noviembre, confirmado por la Audiencia Provincial de Navarra (sección 1) en Auto de 4 de mayo de 2017.

50. SAN de 21 de febrero de 2017 (rec. 20/2016), Sección Segunda, Sala de lo Penal.

51. Comparto las consideraciones realizadas en este sentido por Vázquez Alonso (2014: 89) cuando sostiene: «Por ello son dos conceptos jurídicos tan indeterminados como la protección de la moralidad o de los sentimientos religiosos, y no derechos o bienes jurídicos concretos, los que han constituido los límites naturales a la libertad de expresión artística. Límites que creo que envejecen mal en el contexto de una sociedad pluralista que pueda reconocérsele un valor artístico no puede ser censurado por su obscenidad, su lascivia o su indecencia. Este ha sido, en gran medida, el razonamiento judicial que se ha impuesto en la jurisprudencia de la Corte de Suprema de los Estados Unidos, a través del *obscenity test* que establece en la conocida sentencia *Miller vs. California* y en virtud del cual, se excluye que puedan ser censuradas por obscenas, aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que, siendo subsumibles dentro del concepto de obscenidad, al ser valoradas en su conjunto muestren un serio valor artístico o literario». *Vid.*, también, Díez Bueso (2017).

52. STC 79/2014, de 8 de mayo, desestimatoria del recurso de amparo interpuesto por los dos dirigentes políticos de ERC que alegan la vulneración de su derecho al honor (no reparado en sede judicial) como consecuencia de las expresiones del periodista Jiménez Losantos en su programa radiofónico.

53. Entiende el Tribunal Constitucional que la sanción, prevista en la ley, persigue una finalidad legítima —garantizando la dimensión colectiva de la libertad religiosa— y que la doctrina constitucional de interrupción del acto religioso es un elemento relevante —como lo fue, en sentido contrario (por ausencia de interrupción) en la SETDH dictada en el asunto *Mariya Alekhina y otras c. Rusia*—. Por todo lo anterior, concluye el TC que la conducta enjuiciada, atendiendo al lugar y al momento en que se materializó, no se encontraba dentro del ámbito objetivo de la protección de dichas libertades.

54. Concepto, este, que no resulta ajeno a la lógica jurídica pues se configura como uno de los elementos clave para moderar y limitar el acceso a determinados contenidos, en el ámbito del audiovisual o de la cinematografía, a fin de proteger el desarrollo físico, mental o moral de los menores: ya desde la Directiva 89/552/CEE (Directiva Televisión sin Fronteras) se enfatiza la necesidad de que los menores no vean habitualmente programas que incluyan escenas de pornografía y *violencia gratuita*, lo que se articula actualmente mediante el establecimiento de una serie de mecanismos de alerta y de clasificación por edades y de horarios protegidos a fin de proteger a la infancia y a la juventud.

55. Y añaden que «[...] aunque no pudiera justificarse la concurrencia de esa conexión entre la forma y el fondo de lo reclamado a través de los hechos expresivos objeto del proceso penal, ello no sería suficiente para considerar que esos hechos no eran legítimo ejercicio de la libertad de expresión, porque no se verifica, en este caso, que las expresiones utilizadas conllevaran riesgo alguno, claro e inminente, de provocar violencia o daño alguno».

56. Catálogo de exposición *Jasper Johns. Obra gráfica 1960-1985* (1987: 17).

57. En ocasiones, ese significado es *creado* a su vez por el comisario de la exposición, el marchante o cualquier otro intermediario entre el artista y el público. Por otro lado, el mensaje puede resultar más evidente y directo en *performances* político-artísticas o en obras de artistas implicados políticamente.

58. Sin tener en cuenta que se restringía el acceso a los mayores de 18 años y que los carteles realizados por la asociación que iba a proyectar la película advertían de la caricaturización de la religión cristiana en su contenido, elementos todos ellos en los que se fundamentó el criterio de los magistrados discrepantes. Esto es, existían elementos suficientes de información para coadyuvar a la elección y decisión del público.

59. Sentencia del Juzgado Central de lo Penal n.º 6, de 13 de noviembre, n.º 62/2007.

60. Sentencia n.º 746/2016, de 21 de diciembre, (rec. 765/2015), Sección Primera, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

61. *Vid.*, en este sentido, la STC 27/2020, de 16 de abril, sobre derecho a la imagen y redes sociales.

62. Por ejemplo, *performances* como las realizadas por el accionismo vienés de Günter Brus o determinadas experiencias autolesivas, desde Chris Burden hasta Marina Abramović, en las que claramente se desborda el pretendido elemento ficcional, pues lo que se pretende, precisamente, es partir de una realidad hiriente que perturbe o despierte al público.

63. Timón Herrero (2021). Disponible en: <<https://www.ibericonnect.blog/2021/04/la-libertad-de-expresion-en-espana-hacia-una-resignificacion-del-derecho/>>.

64. Prestando atención a los retos y problemas que plantean las sociedades contemporáneas y permitiendo su reflejo en la jurisprudencia; *vid.* STC 198/2012, de 6 de noviembre.

65. La constitución como *árbol vivo*. *Vid.* STC 198/2012 que declara la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

66. En esta línea, o haciendo frente a esta necesidad de (re)significación —desde una posición programática o principal— la Carta de Derechos Digitales incluye una referencia explícita a *la libertad de creación*

y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital afirmándose (como no podía ser de otra manera) que la libertad de creación es aplicable al entorno digital y enfatizando, después, la necesidad de respeto de la propiedad intelectual y la promoción del acceso digital a las diversas manifestaciones artísticas y culturales de espacios públicos o de colaboradores.

67. Se modifican las percepciones y los conceptos de propiedad y las propias nociones clásicas de los derechos a la propiedad intelectual: integridad de la obra, retribución patrimonial, *non fungible tokens*.

68. Términos de uso que, con arreglo a la doctrina sentada en la STC 27/2020, no limitan *per se* el ejercicio de los derechos fundamentales, subrayándose, en primer lugar, que «[...] el entorno digital no es equiparable al concepto de “lugar público” del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el 18 CE» y, en segundo lugar, «[...] que los términos de uso se configuran como un contrato de adhesión (no negociado) que no cuenta con la suficiente claridad y resulta de difícil comprensión para el usuario, que apareciendo activado por defecto el mayor grado de publicidad».

69. Timón Herrero (2020).

70. Ramos Vázquez (2019: 42). El autor pone de manifiesto quiénes han sido algunos de los querellantes, fundamentalmente asociaciones o partidos políticos y rara vez creyentes individuales o congregaciones religiosas, señalando que, a su juicio, se trata de «[...] un repliegue identitario capitaneado por asociaciones que se autoerigen como guardianes de la ortodoxia, y lo hacen más por razones políticas que religiosas», (*Ibid.*: 43).

71. También en las SSTC 52/1983, de 17 de junio, o 13/1985, de 31 de enero. Sobre el significado de censura desde una perspectiva constitucional, *vid.* Villaverde Menéndez (2018: 609-611).

72. Como ocurrió, por ejemplo, con la consideración como *arte degenerado* del arte moderno encarnado en artistas como Klee, Chagall, Van Gogh, Schiele, Mondrian, etc. en el régimen nazi o en las obras del cartelismo bolchevique.

73. Sobre la cultura de la cancelación, *vid.* Correcher Mira (2020: 166-191).

74. STC 199/1987, de 25 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con Ley Orgánica contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRO, Alexander (1999): «La dialéctica de la vida cotidiana», *Martha Rosler. Posiciones en el mundo real* (1999), Catálogo, Edición a cargo de Cathérine de Zegher, Barcelona: MACBA, 73-112.
- ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando J. (2018): «Insurgencia y contenidos ofensivos: sobre los límites del arte», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2018*, 35-160.
- ATANES, Carlos (2020): «Yo me caí de la cama de Jörg Buttgerreit», *Solaris. Textos de Cine (Cine que hoy no se podría rodar)*, 4, 120-128.
- BAUMAN, Zygmunt *et al.* (2007): *¿Arte líquido?*, Madrid: Sequitur.
- CARMONA CUENCA, Encarnación (2020): «El derecho a la igualdad y los derechos sociales», *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 135-188.
- CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 28, 166-191.

- DEL MORAL SÁNCHEZ, Alfonso (2016): «Niños y bestias en el arte y el papel de la moral pública como límite a la creación artística», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 3-25.
- DÍEZ BUESO, Laura (2017): *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y en Europa: entre la expresión y el discurso del odio*, Valencia: Tirant Lo Blanc.
- ECO, Umberto (1985): *Obra Abierta*, Barcelona: Ariel.
- (1997): *Sis passejades pels boscos de la ficció*, Barcelona: Destino.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2014): «Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)», *Anuario de Derecho Civil*, 67(2), 397-453.
- GOMBRICH, Ernst H. (1997): *La historia del arte*, Nueva York: Phaidon Press Limited.
- JOHNS, Jasper (1987): *Jasper Johns, obra gráfica 1960-1985*, Madrid: Ministerio de Cultura y Ediciones el Viso.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús (1992): *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RAMOS VÁZQUEZ, Antonio (2019): «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-17, 1-49.
- RECKITT, Helena (ed.) (2005): *Arte y feminismo*, Londres: Phaidon Press.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y E. CASAS BAAMONDE (dirs.) (2018): *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, XL Aniversario; Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional, Ministerio de Justicia y Fundación Wolters Kluwer. De este volumen, en particular:
- Villaverde Menéndez, Ignacio: «Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5 La libertad de expresión», 581-614.
- Urías Martínez, Joaquín: «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», 617-624.
- RUIZ PALAZUELOS, Nuria (2021): «La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? (*L'oiseau rebelle* en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional)» *Revista de Administración Pública*, 215, 111-142.
- TIMÓN HERRERO, Marta (2020): «El cine que ofende: censura pública, censura privada y autocensura», *Solaris. Textos de Cine (Cine que hoy no se podría rodar)*, 4, 210-221.
- (2021): «La libertad de expresión en España ¿hacia una resignificación del derecho?», [en línea] <<https://www.ibericonnect.blog/2021/04/la-libertad-de-expresion-en-espana-hacia-una-resignificacion-del-derecho/>>.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín (2020): «La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 343-370.
- VALERO HEREDIA, Ana (2022): *La libertad de la pornografía*, Sevilla: Athenaica Ediciones.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (1998): *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- (2020): «El derecho a la cultura y el disfrute del patrimonio cultural», *Revista PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, 101 [en línea] <<http://www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/issue/view/117>>.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2014): «La libertad de creación artística. Una aproximación», *Estudios de Deusto* 62(2), 73-92.
- WAGENSBERG, Jorge (2007): *El gozo intelectual. Teoría y práctica sobre la inteligibilidad y la belleza*, Barcelona: Tusquets.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.