

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



TÍTULO

**«EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL»**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

AUTOR

Néstor Daniel Loyola Ríos

ASESORA

Dra. Elena Cecilia Alvites Alvites

Marzo, 2019

RESUMEN

Este trabajo de investigación aborda en forma dogmática y jurisprudencial el derecho a la libertad de expresión que se ejercita a través de las modalidades artísticas, como son las caricaturas, las parodias, la pintura, el cine, la música, los poemas, entre otras. De esta manera, rompe con la concepción clásica de dicha libertad que la identifica como una garantía que permite la libre difusión de ideas y opiniones efectuadas en forma oral o escrita, ya que se inserta en un nuevo escenario que implica concebirla como una auténtica manifestación de cultura en nuestro Estado Constitucional.

Así, la persona, en tanto actor eminentemente crítico y reflexivo de su realidad, exterioriza sus pensamientos y sentimientos mediante el uso de un lenguaje o comportamiento expresivo abstracto, satírico y heterodoxo, con el fin de contribuir en la culturización y educación de la sociedad mediante las artes.

Por eso, el presente estudio tiene como propósito construir el contenido del derecho, del cual se desprende a su vez la existencia de un derecho a la irreverencia atendiendo a la razón de ser del arte. También pretende establecer determinados criterios interpretativos para orientar a una adecuada solución de aquellos conflictos constitucionales que se produzcan entre la libertad de expresión artística y otros bienes y derechos fundamentales, a partir de la experiencia judicial comparada (Colombia, Estados Unidos, Alemania y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Finalmente, se resaltan diversos casos del acontecer nacional que ponen en evidencia la necesidad de aprehender cómo funciona esta libertad fundamental, hasta dónde alcanza su ámbito de aplicación y, por supuesto, cuáles son los límites que se anteponen para cautelar su debido ejercicio.

El autor

Dedicado para mis padres Carlos y Adela por su inefable esfuerzo y tolerancia. A ellos con especial gratitud.



Para Jessica con mucho afecto por ser mi mayor motivación. Gracias por tu comprensión y medida.

*A Dios Todopoderoso, por
bendecir mi camino y llenarlo
de personas maravillosas*



ÍNDICE

RESÚMEN.....	1
DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
ÍNDICE.....	4
ABREVIATURAS.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11

CAPÍTULO I

DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

1. REFLEXIONES SOBRE EL ARTE Y EL DERECHO.....	14
2. UNA APROXIMACIÓN A LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL ARTE.....	16
3. LA REGULACIÓN DEL ARTE EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL DERECHO COMPARADO	17
3.1. El arte en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.....	17
3.2. El arte protegido en las Constituciones del Derecho Comparado	18
3.3. El elemento artístico en la Constitución Política del Perú de 1993	21
4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA.....	22
4.1. Teoría del derecho autónomo	23
4.2. Teoría del derecho derivado	25
4.3. Posición asumida por la Constitución Política peruana: ¿libertad de expresión artística o libertad de creación artística?	27
5. ESTADO DE CULTURA Y DERECHO CONSTITUCIONAL CULTURAL: LA CONCEPCIÓN DEL ARTE Y EL SER HUMANO	30
6. DISCURSOS PROTEGIDOS POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA	32
6.1. Un apunte preliminar bajo la genérica libertad de expresión.....	32
6.2. La libertad de expresión artística: El discurso satírico y sus derivados	33
7. CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA.....	38
7.1. Titularidad	38
7.2. Terceros intermediarios.....	41

7.3. Contenido	41
7.3.1. El derecho a crear arte	42
7.3.2. El derecho a difundir el arte.....	42
7.4. Dimensión	44
7.4.1. Individual.....	44
7.4.2. Colectiva.....	44
7.5. Objeto de protección.....	44
7.6. Manifestaciones	47
7.6.1. La música	47
7.6.2. La pintura	48
7.6.3. La cinematografía.....	49
7.6.4. Espectáculos taurinos.....	50
7.6.5. Caricaturas	50
7.6.6. Danza	51
7.6.7. Obra teatral.....	51
7.6.8. Otras manifestaciones artísticas: El criterio de la indeterminación	52
7.7. Libertad de expresión artística: ¿Existe un derecho a la irreverencia?.....	53
8. LÍMITES.....	57
8.1. La dignidad	58
8.2. La moral pública	59
8.2.1. La relatividad de lo moral	59
8.2.2. Las creencias religiosas.....	60
8.2.3. Los símbolos patrios	61
8.3. La obscenidad.....	62
8.4. La salud pública	62
8.5. La seguridad nacional.....	64
8.6. El orden público.....	64
9. APUNTES CONCLUSIVOS SOBRE EL CONTENIDO Y LÍMITES	65

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. COLOMBIA	67
-------------------	----

1.1. La libertad de expresión artística en la Constitución colombiana.....	67
1.2. Conflictos constitucionales en el ejercicio de la libertad de expresión artística.....	69
1.3. El juicio de proporcionalidad colombiano y el modelo peruano	70
1.4. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia	72
1.4.1. Exposición de arte pornográfico	72
1.4.2. El fotógrafo en emergencia.....	75
1.4.3. El Mañanero de La Mega.....	77
1.4.4. La corrida de toros.....	81
1.4.5. El racismo artístico	84
1.4.6. La exposición de arte religioso.....	86
2. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	89
2.1. La libertad de expresión artística en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.....	89
2.2. La Primera Enmienda y sus métodos de resolución de conflictos	91
2.2.1. Test de la tendencia nociva	92
2.2.2. Doctrina del peligro claro e inmediato	92
2.2.3. Test de la Incitación.....	93
2.2.4. <i>The Preferred Position</i> o tesis de la posición preferente.....	93
2.2.5. <i>Balancing Test</i>	94
2.2.6. El <i>balancing test</i> como test de proporcionalidad.....	97
2.3. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia de los Estados Unidos....	98
2.3.1. La obscenidad	98
2.3.1.1. El vendedor de material erótico	98
2.3.1.2. La novela pornográfica.....	100
2.3.1.3. El vendedor de material pornográfico	102
2.3.2. Cinematografía	104
2.3.2.1. El milagro carnal.....	104
2.3.2.2. Juegos sexuales.....	106
2.3.3. Parodia.....	108
2.3.3.1. La parodia del cura.....	108

2.3.4.	Música	110
2.3.4.1.	El concierto de rock	110
2.3.4.2.	El rapero asesino.....	111
2.3.5.	Danza	114
2.3.5.1.	El baile erótico I.....	114
2.3.5.2.	El baile erótico II	115
2.3.6.	Poemas.....	117
2.3.6.1.	Poema del sexo	117
3.	ALEMANIA.....	118
3.1.	La libertad artística como expresión de cultura.....	118
3.2.	Arte y colisión de derechos constitucionales.....	119
3.3.	La libertad de expresión artística en la jurisprudencia alemana.....	120
3.3.1.	La novela «Mephisto»	120
3.3.2.	El teatro callejero	121
3.3.3.	El cerdito político	124
3.3.4.	La prostituta vienesa.....	126
3.3.5.	El rapero plagiador	128
4.	TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	129
4.1.	La libertad de expresión artística en el CEDH: «El Test Europeo».....	129
4.1.1.	Presupuestos.....	130
4.1.1.1.	Previsión legal.....	130
4.1.1.2.	Finalidad legítima.....	131
4.1.1.3.	Necesidad para una sociedad democrática	131
4.1.2.	Margen de apreciación.....	132
4.1.2.1.	Concepto.....	132
4.1.2.2.	Límites.....	133
4.1.3.	El «Test Europeo» y su relación con el «Test de Proporcionalidad»	133
4.2.	La libertad de expresión artística en la jurisprudencia del TEDH.....	136
4.2.1.	El pintor de arte obsceno	136
4.2.2.	La película blasfema	139
4.2.3.	El éxtasis religioso.....	141
4.2.4.	Poemas terroristas.....	142

4.2.5. El político caricaturizado	145
4.2.6. El humorista racista.....	147
5. SÍNTESIS: EL ARTE EN COLOMBIA, ESTADOS UNIDOS, ALEMANIA Y EL TEDH	148

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. LAS EXPRESIONES ARTÍSTICAS EN EL PERÚ.....	151
1.1. Expresiones artísticas clásicas.....	151
1.2. Expresiones artísticas contemporáneas.....	156
1.2.1. Cinematografía.....	156
1.2.2. Fotografías	158
1.2.3. Pintura	161
1.2.4. Teatro.....	163
1.2.5. Caricaturas	164
1.2.6. Música	168
1.2.7. Parodia.....	170
1.2.8. Grafiti.....	176
1.2.9. Tatuajes	177
1.2.10. Memes	179
2. DELIMITACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL PERÚ	181
2.1. Principios.....	182
a) Neutralidad.....	182
b) Pluralismo	183
c) Tolerancia.....	184
2.2. Arte, artista y expresión artística.....	185
2.3. La libertad de expresión artística desde una perspectiva prestacional.....	187
2.4. El contenido de las expresiones artísticas	190
2.5. La naturaleza irreverente de las expresiones artísticas.....	191
2.6. Límites y criterios de solución en conflictos	192

2.6.1. Toda interpretación del arte debe promover el acceso a la cultura	193
2.6.2. La libertad de expresión artística no es un derecho exclusivo y excluyente de las mayorías.....	194
2.6.3. El <i>animus iocandi</i> como rasgo caracterizador de las expresiones artísticas.....	195
2.6.4. La calificación de expertos constituye un criterio referencial	195
2.6.5. Las expresiones artísticas deben ser analizadas a partir de su contexto	196
2.6.6. Se exige un mayor nivel de tolerancia cuando la expresión artística está dirigida contra funcionarios o personajes públicos.....	197
2.6.7. La libertad de expresión artística goza de mayor protección si versa sobre asuntos de relevancia o interés público.....	198
2.6.8. Deben optarse por restricciones mínimas para favorecer la difusión del arte.....	199
2.6.9. Las expresiones artísticas sobre determinados colectivos requieren de una interpretación reforzada	200
2.6.10. El test de proporcionalidad como herramienta pacificadora del conflicto.....	201
2.7. La censura previa en el ámbito artístico.....	202
2.8. Prohibición de la responsabilidad penal del artista.....	204
3. DIFERENCIAS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA	205
CONCLUSIONES	207
ANEXO	
ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN MEDIANTE FORMAS ARTÍSTICAS.....	211
BIBLIOGRAFÍA	216

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
LGBTI	Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales
RAE	Real Academia Española
TC	Tribunal Constitucional peruano
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

INTRODUCCIÓN

«Para comunicar nuestras ideas y sentimientos, la expresión artística constituye una forma más refinada y sofisticada que la expresión verbal»

(Héctor Faúndez Ledesma)

La libertad de expresión constituye un derecho de especial importancia en un Estado democrático, por cuanto permite no solo la realización de otros derechos – como el de reunión, de asociación o del voto –, sino también porque se erige como condición necesaria para la consolidación de una sociedad informada a través del libre intercambio de ideas u opiniones, las cuales pueden provenir de la palabra oral o escrita, e incluso por medio de dibujos, melodías, colores, movimientos, y en general, sobre la base de todas aquellas manifestaciones vinculadas con el ingenioso mundo de las artes.

Las expresiones canalizadas mediante las diferentes formas artísticas son parte de un ámbito de estudio muy particular, pues surgen de la creatividad humana que entremezcla las más diversas y heterodoxas concepciones sobre la naturaleza, la humanidad o la espiritualidad. Por eso la validez de su ejercicio no puede limitarse únicamente al grado de contribución que tiene respecto a un asunto de interés público, dado que la proyección del arte va mucho más allá de tales consideraciones.

Las representaciones gráficas, abstractas, satíricas, vanguardistas o surrealistas elaboradas por el artista muchas veces muestran un distanciamiento de los postulados conservadores y moralistas para buscar cambios en los paradigmas de una comunidad. De ahí que, en algunas ocasiones, su exteriorización tienda a provocar actos de eminente rechazo o censura, en la medida que se alejan de los valores sociales y culturales tradicionalmente aceptados por un determinado grupo de personas.

Lo anteriormente expuesto tiene asidero en nuestro texto constitucional, el cual garantiza que toda persona tiene derecho a expresarse libremente «mediante la imagen o por cualquier medio de comunicación social», vale decir a través de representaciones artísticas. Esto supone, como en cualquier libertad fundamental, el deber del Estado de adoptar diversas acciones legislativas, políticas o administrativas para promover las

manifestaciones o prácticas artísticas (dimensión positiva) así como de remover cualquier obstáculo que perturbe su correcto ejercicio (dimensión negativa). No obstante ello, sin perjuicio de desarrollar algunos alcances sobre la dimensión prestacional de la libertad de expresión artística, el presente trabajo abordará principalmente dicha libertad desde su concepción como derecho de defensa, por ser el escenario donde se producen con mayor frecuencia las colisiones entre los diferentes bienes constitucionales.

En ese sentido, considerando que el disfrute del derecho fundamental a la libertad de expresión a través del arte requiere de una valoración distinta al de los mecanismos tradicionales que sirven para difundir ideas, esta investigación tendrá como finalidad aportar una serie de criterios interpretativos que coadyuven a una adecuada solución de los casos que se pudieran presentar en el país y proponer un anteproyecto legislativo que diseñe algunas pautas normativas sobre el precitado derecho.

En el primer capítulo se hará una primera aproximación al tema, reflexionando sobre algunas nociones del arte y su relación con el Derecho. También presenta un breve recuento de la regulación de este derecho constitucional en el sistema internacional de protección de los derechos humanos así como en otros textos constitucionales, a fin de apreciar cómo se concibe al arte en otras latitudes. Del mismo modo, se desarrollan los principales aspectos del Estado Constitucional cultural atendiendo al papel que desempeñan las artes en la dimensión espiritual del ser humano como individuo crítico y reflexivo dentro de su entorno sociocultural.

Posteriormente, con apoyo de doctrina especializada y jurisprudencia comparada, se hace un análisis estructural del derecho fundamental a la libertad de expresión artística, identificando sus elementos, tales como la titularidad, contenido, objeto de protección, manifestaciones, dimensiones, límites y la presencia de un controvertido derecho a la irreverencia que subyace en el enfoque propuesto por el autor.

En el segundo capítulo, se encontrarán casos emblemáticos sobre el ejercicio de la libertad de expresión artística y su colisión con otros derechos fundamentales, provenientes de la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional alemán y el TEDH. Ello con la finalidad de apreciar las líneas interpretativas y métodos de aplicación para la resolución de conflictos *iusfundamentales*.

Finalmente en el capítulo tercero, aparece un análisis integral respecto al tratamiento que tiene la libertad de expresión artística en el Perú. Se explica el estado de la cuestión a partir de una serie de casos polémicos vinculados con manifestaciones de arte tradicional y aquellas de tendencia moderna. Este acápite es fundamental en la medida que busca construir parámetros interpretativos que guíen el razonamiento de los operadores jurídicos, autoridades políticas, funcionarios del Estado y sociedad civil en general, cuando tengan que evaluar los alcances y restricciones de las expresiones artísticas en un caso concreto, sobre todo, ahora que se ha hecho cada vez más frecuente la discusión constitucional de esta modalidad de expresiones.

Por último, no quisiera acabar esta nota introductoria sin mencionar que, a pesar de que se trata de una materia poco estudiada por la doctrina nacional y con un nulo desarrollo por parte de nuestro TC, ello no ha significado un óbice para el investigador, por el contrario, significó un elemento motivador adicional porque ratifica la necesidad de profundizar este tema y, a su vez, fomentar los debates académicos en la comunidad jurídica respecto a un derecho siempre polémico.

Tampoco quisiera omitir unas disculpas al lector por la crudeza de alguna imagen o contenido que, en aras de esta investigación, he creído conveniente compartir. Estoy seguro que ello podrá acercarnos a comprender la dimensión del problema.

CAPÍTULO I

DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

1. REFLEXIONES SOBRE EL ARTE Y EL DERECHO:

El estudio del Derecho en general y, del Derecho Constitucional en particular, implica tener un enfoque interdisciplinario con diversas áreas del conocimiento. En esa línea, Néstor SAGÜES, manifiesta que el Derecho Constitucional se agrupa con zonas de otras disciplinas para dar nacimiento a una autónoma, como el caso de los *derechos humanos y garantías*, que son formados con aspectos constitucionalistas (los derechos personales y sociales) e internacionalistas (los derechos enunciados en los documentos internacionales)¹, y desde luego las materias específicas que abonan a un contenido más técnico. Tal es el caso del derecho a la vida, la libertad religiosa, los derechos informáticos o las libertades económicas, en donde se pone de relieve la necesidad de desarrollar categorías propias de la medicina, la biología, la religión, la informática y la economía para conocer con mejor criterio los alcances de cada derecho, lo que sin duda alguna representan terrenos movedizos para quien tiene la obligación de interpretarlos. Por esta razón, coincidimos con Marcial RUBIO cuando sostiene que el Derecho es una disciplina cuyo conocimiento es compartido por especialistas y legos², lo cual, como es fácil suponer, engendra diversos problemas de comprensión y comunicación³.

El arte, como elemento sociocultural regulado por el Derecho, merece un tratamiento especial no solo por su conceptualización, sino por las formas que emplea para expresarse y las consecuencias jurídicas que derivan de tal ejercicio. En efecto, sus

¹ Cfr. SAGÜES, Néstor. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 71.

² Esta afirmación podría traducirse a nivel práctico en el Expediente N° 00139-2013-PA/TC (Caso P.E.M.M.), en donde los magistrados signatarios de la sentencia sostuvieron lo siguiente: «21. Sin embargo, este Tribunal advierte que este es un planteamiento sobre el cual no existe actualmente certeza o consenso científicos, sino, por el contrario, un arduo debate. En efecto, aquello que el recurrente y P.E.M.M. afirman concluyentemente sobre la cirugía como el tratamiento indicado para el trastorno de la transexualidad y la consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, está en realidad sujeto a gran polémica en el mundo científico. [...] Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú HA RESUELTO: 1. Declarar INFUNDADA la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad. 2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional».

³ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición aumentada. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 79

manifestaciones, concretizadas en canciones, imágenes, caricaturas o fotografías, pueden tener tanta o mayor fuerza como un mensaje de naturaleza verbal⁴. Y es que nadie podría negar los diversos sentimientos que se evocan al ver la fotografía, tomada por Kevin Carter en 1993, del niño sudanés famélico con un buitre al acecho, o la de Aylan Kurdi, un niño de 3 años que murió ahogado en las costas de Turquía cuando trataba de huir con su familia de la guerra en Siria.

En la música, por ejemplo, melodías como la «*Symphony N° 5*» de *Beethoven* pueden hacer sentir instrumentalmente un sinfín de emociones al espíritu o, incluso, la canción «*Imagine*» de *John Lennon* que abraza un mensaje de paz y hermandad para todas las naciones.

La literatura y la poesía también cumplen un rol fundamental como herramienta comunicativa, pues exteriorizan el mundo interno del ser humano a través de finas técnicas lingüísticas, retratando realidades con sentido crítico o simplemente escenarios estéticamente surreales. Son varios los ejemplos que podrían plasmarse aquí, sin embargo, para citar algunas referencias cabría hacer mención al célebre «Discurso en el Politeama» en la obra «Páginas Libres» de Manuel Gonzales Prada, los versos contenidos en «Veinte poemas de amor y una canción desesperada» de Pablo Neruda o «La Metamorfosis» (*Die Verwandlung*) de Franz Kafka.

Asimismo, obras pictóricas como «El Grito» del artista noruego Edvard Munch o «La Persistencia de la Memoria» de Salvador Dalí; la escultura, vista en la antigua Grecia con «El Discóbolo» de Mirón de Eleuterias o en el periodo renacentista del siglo XVI con «El David» de Miguel Ángel; y la danza, como «La Diablada» o «La Danza de las Tijeras», constituyen una clara muestra que el factor artístico representa una versión sofisticada para transmitir ideas, mensajes, emociones y sentimientos hacia una colectividad indeterminada de personas, quienes decodifican su significado de acuerdo a sus propios cánones axiológicos, y por tanto, no siempre homogéneos. De ahí que importe para el Derecho regular esas previsibles controversias a fin de propender hacia una eficacia plena del derecho a la libertad de expresión acorde con los valores que dimanen de una sociedad democrática.

⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *Los límites de la libertad de expresión*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 187.

2. UNA APROXIMACIÓN A LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL ARTE:

El arte es uno de esos conceptos que siempre ha estado presente en el decurso de la historia de la humanidad, pero que no ha sido sencillo definirla por los grandes pensadores y filósofos de la época. Inicialmente, los griegos y romanos concebían al arte en función a lo estético y lo moral, enarbolando la desnudez humana como punto de partida de su visión sobre el mundo. Sin embargo, en la edad media esta misma idea fue censurada bajo concepciones teocráticas y realistas, para luego reivindicar con el movimiento renacentista y humanista la esencia del ser y su naturaleza ontológica.

No obstante ello, la noción de lo artístico se ha construido en virtud a diversos enfoques, entre los cuales se destaca⁵: 1) la imitación a la naturaleza – de antecedente aristotélico – que, expresando la imaginación del artista, puede ser de apreciación limitada para el espectador; 2) el despertar de las pasiones, porque con él pueden despertarse y vivificarse todas las pasiones, puede ofrecerse la ocasión de sentir lo noble, lo superior, lo verdadero, podemos ser incitados al entusiasmo; pero igualmente tiene poder el arte de conducirnos a través de toda miseria, de hacer representable el crimen, de hacernos partícipes de todo lo vergonzoso y horrible, voluntariamente y sin estremecernos por ello, nos puede guiar a las mayores pasiones y hacer que nos disolvamos en la imaginación y nos sumerjamos en los ociosos juegos de la representación; 3) el fin moral, en donde las pasiones sean purificadas, reconciliadas y sometidas a valores superiores; y, 4) histórico, que opta por considerar algunos datos sobre dónde el arte y lo bello fueron concebidos, para – a partir de ahí – no restringirse a las apariencias sino hacer frente a las realidades.

En suma, todos los enfoques detallados precedentemente conllevan a una conclusión, que el arte no tiene la obligación de expresar lo bueno o, lo que es lo mismo, dictar preceptos morales⁶. Se trata de un libre juego de las facultades del entendimiento y la intuición, que son enlazadas mediante la imaginación. En este marco, el juicio estético constituye una facultad subjetiva, de gusto o disgusto, frente a la obra de arte, para la

⁵ Cfr. HEGEL, G. W. F. *Filosofía del arte o estética*. Traducido por Domingo Hernández Sánchez. Madrid: ABADA editores, 2006, pp. 65 – 99.

⁶ MARTINEZ DALMAU, Rubén. «Arte, derecho y derecho al arte». En: *Revista Derecho del Estado. Nueva Serie*. Bogotá: N° 32, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2014, p. 42.

cual la existencia o no del objeto representado es indiferente, y por ende, sin interés alguno⁷.

Después de todo, las expresiones artísticas son producciones estéticas por naturaleza, pero no desde el lente de quien lo determina sino de la persona quien les da vida. Lo mismo sucede con el cuestionado arte vanguardista o contemporáneo, cuya abstracción también despierta la sensibilidad del ser humano a través de la emisión de juicios estéticos sobre lo que se considera agradable, bello o bueno.

3. LA REGULACIÓN DEL ARTE EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL DERECHO COMPARADO:

No resulta baladí conocer cómo se ha brindado protección al bien jurídico arte en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos así como en los ordenamientos normativos de otras partes del continente, pues ello permitirá contar con mayores alcances respecto al nivel de tutela y desarrollo jurisprudencial que ha alcanzado su reconocimiento. En tal sentido, se apreciará la fórmula jurídica mediante la cual ha sido adoptada para poder analizar en los siguientes apartados si existen o no algunas semejanzas o diferencias con el modelo asumido por el Estado peruano.

3.1. En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos:

La DUDH (1948) no hace una mención explícita del arte como herramienta comunicativa; antes bien, reconoce un derecho a disfrutar de las artes, en tanto atributo protegido de la persona desde su dimensión cultural. Es decir, dicho instrumento internacional establece una concepción amplia sobre el arte y lo incluye dentro de la categoría «cualquier medio» que sirve para ejercer el derecho a la libertad de expresión⁸.

Sin embargo, es con el PIDCP (1966) donde se reconoce de modo expreso al elemento artístico como una vía a través de la cual las personas pueden difundir

⁷ CORDERO, Allen. «La desinteresada imaginación artística». En: *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*. Costa Rica: Vol. XXXVII, 1999, pp. 91

⁸ **Artículo 19.-** Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; éste derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 27.- 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

sus expresiones⁹. En tanto, el PIDESC (1966)¹⁰ prevé el derecho de toda persona a beneficiarse de los intereses morales y materiales sobre sus producciones artísticas y el respeto a una libertad para la actividad creadora.

Por otro lado, en el Sistema Interamericano, la CADH (1969)¹¹ señala literalmente que la libertad de expresión puede ser ejercida no solo por la palabra oral o escrita, sino también en forma artística; y el Protocolo de San Salvador (1988)¹² reproduce los mismos términos descritos por el PIDESC.

Distinto es lo que acaece en otros sistemas jurídicos continentales, pues el CEDH (1950) opta simplemente por establecer una regulación genérica sobre la libertad de expresión¹³, debido al influjo de la DUDH en esta parte del hemisferio. Similar posición, cabe precisar, sigue la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)¹⁴, consagrando el derecho a expresar y difundir opiniones, sin otro límite que no sea la ley.

3.2. El arte protegido en las Constituciones del Derecho Comparado:

Si bien la CADH reconoce expresamente al arte como un medio que permite el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, los textos constitucionales de Sudamérica no han seguido ese modelo. En efecto, la Constitución de Colombia

⁹ **Artículo 19.-** 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

¹⁰ **Artículo 15.-** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

¹¹ **Artículo 13.-** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

¹² **Artículo 14.-** 3. Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

¹³ **Artículo 10.-** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

¹⁴ **Artículo 9.-** 2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.

(1991)¹⁵ no hace referencia a esta específica cuestión, pero ha incluido de forma implícita a las expresiones artísticas dentro del derecho a la libertad de expresión, pues en una sentencia basilar sobre la materia la Corte Constitucional sostuvo que: «La libertad de expresión, consagrada genéricamente en el artículo 20 constitucional, y la libertad de expresión artística – implícita en la primera como especie de aquél género –, comprenden el derecho de toda persona a “expresar y difundir su pensamiento y opiniones...”»¹⁶. Este mismo diseño siguen las Constituciones de Uruguay¹⁷ y Paraguay¹⁸, en tanto asumieron una defensa abierta de la libertad de expresión, y dentro de ésta a las que provienen de las manifestaciones artísticas.

Sin embargo, singular atención merece la Constitución chilena¹⁹, ya que con la dación de la Ley N° 19.742 en el año 2001, insertó formalmente a su catálogo de derechos fundamentales la «libertad de creación artística», como un derecho independiente de aquel vinculado a la libertad de opinión e información²⁰.

Asimismo, en la república ecuatoriana, la doctrina admite la existencia de un derecho a la «libertad de creación y expresión artística» a partir del ejercicio del

¹⁵ **Artículo 20.-** Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

¹⁶ Sentencia T-104/96, del 08 de marzo de 1996, acápite 3 de las consideraciones de la Sala.

¹⁷ **Artículo 20.-** Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieron.

¹⁸ **Artículo 26.-** Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

¹⁹ **Artículo 19.-** La Constitución asegura a todas las personas: 12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deber ser de quórum calificado [...].

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

²⁰ Cfr. VIAL SOLAR, Tomás. «La libertad de creación artística: Un nuevo derecho constitucional». En: *Informe de Investigación*. Santiago, año 6, Núm. 19, junio de 2004, pp. 3 – 36. Consulta: 19 de mayo de 2016. <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Informes_derecho_Informe_s_de_investigacion/19Libertaddecreacionartistica_TomasVial_tapa.pdf>.

derecho a la cultura²¹, diferente al derecho a la libertad de expresión²²; en otras palabras, garantiza constitucionalmente que las personas gocen de libertad para crear y difundir sus ideas a través del arte y de acceder a ellas²³.

En Europa se presenta otro contexto, pues a pesar que su CEDH guarda silencio sobre las modalidades artísticas como instrumento de las libertades comunicativas, los Estados han otorgado al arte y a la libertad de expresión cierto margen de autonomía. Esto ocurre en las Constituciones de Alemania²⁴, Italia²⁵, Portugal²⁶, Suiza²⁷ y España²⁸. En esta última, aun cuando se regula de modo independiente a la libertad de expresión y a la libertad artística, comparten la garantía de no ser restringidas mediante censura previa, lo que a decir de María PAZ GARCÍA, el literal b) del artículo 20.1 de la Constitución consagra el «derecho a la producción y creación artística», otorgándole autonomía nominal respecto de la libertad de expresión aunque se halle sometida a idénticos límites constitucionales²⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español señaló que: «*En cuanto a la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la*

²¹ **Artículo 21.-** Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.

²² **Artículo 16.-** Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

²³ GONZÁLES DÁVILA, Richard. «Características del derecho a la cultura en el nuevo marco constitucional». *En: Derecho al arte en Ecuador*. Quito: Edit. IAEN, 2013, p. 41.

²⁴ **Artículo 5.-** 1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. 3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

²⁵ **Artículo 21.-** Todos tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento de palabra, por escrito y por cualquier otro medio de difusión. **Artículo 33.-** Son libres el arte y la ciencia y será libre su enseñanza.

²⁶ **Artículo 37.-** 1. Todos tendrán derecho a expresar y divulgar libremente su pensamiento por la palabra, la imagen o cualquier otro medio, así como el derecho de informarse, sin impedimentos ni discriminaciones.

Artículo 42.- 1. Será libre la creación intelectual, artística y científica.

²⁷ **Artículo 16.-** 1. Se garantiza la libertad de opinión e información. 2 Toda persona tiene derecho a formar, exteriorizar y comunicar libremente su opinión. **Artículo 21.-** Se garantiza la libertad artística.

²⁸ **Artículo 20.-** 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. [...] 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

²⁹ *Cfr.* GARCÍA RUBIO, María Paz. «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)». *En: Anuario de Derecho Civil*. España: Tomo LXVII, N° 2, 2014, pp. 410 – 411.

consiguiente prohibición del acceso a los mismos, el Decreto supone una limitación a la libertad de representación que va ligada a la libertad de expresión y de creación literaria y artística garantizadas en el art. 20.1 de la Norma fundamental. En efecto, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho –también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo– a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no solo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada»³⁰.

3.3. El elemento artístico en la Constitución Política del Perú de 1993:

La presencia del arte en nuestro texto constitucional no es una figura decorativa, pues ha sido incluida para regular aspectos trascendentes en el desarrollo del ser humano y sus relaciones sociales. De ahí que puedan encontrarse referencias tanto en las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales (la educación y el patrimonio histórico de la nación), como en las disposiciones que pertenecen a los derechos civiles (la libertad de expresión y libertad de creación artística).

En el primer caso, cabe resaltar el primer párrafo del artículo 14° que prescribe: *«La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad»*, asimismo, en cuanto a la educación superior, el primer párrafo del artículo 18° indica: *«La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia»³¹.*

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 153/1985, del 7 de noviembre de 1985, fundamento 5.

³¹ El TC ha señalado que uno de los fines de la educación universitaria es la creación artística, la cual contribuye a la plasmación del goce espiritual a través de la comunión fecunda de los conocimientos, las emociones y los sentimientos humanos. Por consiguiente, le corresponde a la universidad realizar el servicio público de la educación mediante la investigación, la docencia y el estudio, teniendo como funciones, entre otras, las de creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como las de difusión, valorización y transferencia del conocimiento para lograr una mayor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo. Expediente N° 4232-2004-AA/TC, sentencia del 03 de marzo de 2005, fundamento 20 y 22.

A su turno, el artículo 21° reconoce que «*Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado*».

Dentro de los derechos civiles, tenemos a la libertad de expresión que permite difundir nuestras opiniones bajo cualquier medio de comunicación social, entiéndase de forma oral, escrita, gráfica, gestual, instrumental, etc. (artículo 2.4), en tanto la denominada libertad de creación artística implica el derecho a crear arte, ostentar su titularidad y a percibir el producto de su explotación, de conformidad con las normas del derecho intelectual que comprende los derechos de autor y de propiedad industrial (artículo 2.8)³².

La descripción de esos ámbitos de concretización del arte en la Constitución evidencia que de acuerdo a su estructura *iusfundamental* puede ser ejercido como derecho de protección, por representar una exigencia frente al Estado para que adopte acciones positivas, vale decir, medidas de promoción y/o ejecución; así también como derecho de defensa, por cuanto requiere que el Estado realice acciones negativas o de no intervención que entorpezcan su práctica³³.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA:

Uno de los cuestionamientos que conviene esclarecer para desarrollar y delimitar los contenidos del derecho a la libertad de expresión artística es aquel que se refiere a su naturaleza jurídica. El tema no es menor, si se toma en cuenta que ello permitirá explorar los contornos jurídicos de su ejercicio como derecho-libertad y determinar su objeto de protección.

Por tal razón, vamos a repasar las posturas que propugnan por la consagración las manifestaciones artísticas como un derecho autónomo o derivado del derecho a la

³² Cfr. FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. «El derecho a crear y el derecho a la cultura». En: *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país*. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 418 – 419.

³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 165 – 172.

libertad de expresión, con el objeto de ir descubriendo cual es la posición que ha adoptado nuestra Constitución Política.

4.1. Teoría del derecho autónomo:

Determinado sector de la doctrina aduce que la escasez de referencias bibliográficas, la desidia de los jueces que se rehúsan a entrar a definir constitucionalmente el ámbito protegido por la libertad artística y el temor del constitucionalista en profundizar sobre temas que no son de su experticia, ha conllevado a marginalar tradicionalmente el estudio de esta libertad, convirtiéndola en una suerte de hija ilegítima y discreta de la libertad de expresión³⁴.

Según MEIKLEJOHN³⁵, la libertad de expresión es garantizada en atención a su importancia para que los ciudadanos participen en el debate de los asuntos públicos, lo que constituye la esencia del sistema democrático como forma de gobierno. Se propone, en consecuencia, un fundamento político a favor de la libertad de expresión, pues el discurso protegido es aquel que contribuye a que los ciudadanos adopten las decisiones necesarias para el desarrollo del gobierno (*self governance*). En otras palabras, protege el discurso que asegura la participación ciudadana en los procesos conducentes a la adopción de decisiones políticas (*citizen participation in decisionmaking*).

Sin embargo, esto no se condice necesariamente cuando se habla del derecho a la libertad de expresión mediante formas artísticas, en la medida que su contenido no puede ser reducido a un mero asunto de relevancia pública. Es, en realidad, la reflexión estética del idealismo donde mejor podremos situar el moderno fundamento filosófico jurídico de la libertad de expresión artística como experiencia autorrealizadora de la libertad humana individual (derecho subjetivo) y colectiva o social (libertad pública)³⁶.

³⁴ Cfr. VÁSQUEZ ALONSO, Víctor. «La libertad de expresión artística: Una primera aproximación». En: *Revista de Estudios de Deusto*. Bilbao: Vol. 62, Núm. 2, julio - diciembre 2014, pp. 73 - 74.

³⁵ Citado por HUERTA GUERRERO, Luis. *Libertad de expresión: Fundamentos y límites a su ejercicio*. Lima: Palestra Editores, 2012, p. 40.

³⁶ CALVO GONZÁLEZ, José. «Libertad de expresión artística ¿Equilibrio de derechos o derechos en equilibrio?». En: *DIKAIOSYNE. Revista semestral de filosofía práctica*. Mérida: N° 21, año 11, julio-diciembre 2008, p. 10.

En esa misma línea, Robert BORK³⁷ rechaza la protección constitución a la libertad de expresión artística dentro de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de norteamérica. Señala que el amparo de la libertad de expresión se justifica en el bien público del autogobierno; mientras que la libertad de expresión artística se regocija en un asunto privado y subjetivo del artista así como otras manifestaciones, decisiones o comunicaciones privadas, en cuyos casos la corte debe asumir una posición neutral.

Después de todo, las expresiones artísticas al ser fruto de la creatividad humana inciden en ideas de toda índole, desde construcciones que pueden ser políticas, religiosas o culturales hasta las que son de naturaleza abstracta, surrealista o vanguardista. En cualquiera de los casos, no solo carentes de interés público sino, incluso, en contra de este.

En Chile, por ejemplo, la Corte Suprema analizó un recurso de protección interpuesto por familiares del Capitán Prat contra la exhibición de una obra de teatro preparada y montada con ayuda de recursos estatales, porque consideraban que denostaba al héroe chileno. En este caso, el tribunal afirmó que no se afectaba el derecho al honor de los familiares o los ciudadanos, pues *«en la obra teatral de que se trata, si bien es cierto toma el apellido de una persona constituida en héroe nacional, el protagonista resulta en definitiva tan desfigurado, ubicado en un contexto tan ajeno al de la epopeya naval, y rodeado de personajes tan diferentes de los reales compañeros de su gesta, que no es posible identificarlo a él con personas determinadas, ni tan siquiera aquella con quien los recurrentes relacionan, y menos confundir los acontecimientos allí narrados con los actos heroicos que realizara el Capitán Prat»*.

Para este alto tribunal de justicia la protección de las expresiones artísticas no se desprendía directamente del derecho a la libertad de expresión porque carecen de interés público. Por tanto, luego de efectuar su propia apreciación sobre la controvertida escena de teatro, se encargó de minimizar la relevancia expresiva

³⁷ «We must now return to the core of the first amendment, speech that is explicitly political. I mean by that criticisms of public officials and policies, proposals for the adoption or repeal of legislation or constitutional provisions and speech addressed to the conduct of any governmental unit in the country». BORK, Robert. «Neutral Principles and Some First Amendment Problems». En: *Indiana Law Journal*. Vol. 47, N° 1, fall 1971, p. 29.

del discurso artístico, como uno que no contribuye a la formación de la opinión pública³⁸.

Así pues, son nociones distintas las que sirven de sustento para diferenciar el tratamiento de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de expresión artística. En el primer caso, entrarían todas las ideas, opiniones y manifestaciones de trascendencia pública, entendidas como parte inescindible para el funcionamiento del sistema democrático; mientras que en el segundo, aquellas apreciaciones sensitivas sobre la naturaleza estética de las expresiones. De tal manera que, independientemente que la difusión de la obra de arte tenga una connotación política o sea de relevancia pública, será protegida por transmitir otro tipo de valores contenidos en nuestro ordenamiento constitucional.

4.2. Teoría del derecho derivado:

Es considerable la doctrina que sostiene que las manifestaciones artísticas son un vehículo más por donde transitan las ideas y opiniones de las personas. Por eso admiten la existencia de un derecho a la libertad de expresión artística como especie del derecho continente a la libertad de expresión.

En concordancia con los partidarios de la teoría democrático-política de la libertad de expresión, ven en el arte a una herramienta que también puede servir para fortalecer el sistema político a través de la coexistencia de diferentes percepciones sobre los ámbitos de la realidad.

Este sector, además, entiende al fenómeno artístico bajo una concepción institucional de la libertad de expresión, cuya dimensión objetiva implica la obligación de proteger integralmente a todo el proceso de comunicación y trae consigo la base para establecer la condición de precedencia en el supuesto de conflicto con otros bienes y derechos³⁹.

³⁸ Cfr. LOVERA PARMO, Domingo. «El mito de la libertad de expresión en la creación artística». En: *Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. XXIII, Núm. 1, julio de 2010, pp. 168 - 175. Consulta: 17 de mayo de 2016. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173716608007>>

³⁹ Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 162 -163.

Los postulados doctrinarios de esta tesis pueden evidenciarse en el caso *Karatas v. Turquía*⁴⁰, cuando el TEDH analizó si la publicación del poema «El canto de una rebelión» contravenía el artículo 10° de la CEDH que protege el derecho a la libertad de expresión.

En esta ocasión, el Tribunal de Estrasburgo consideró que la obra artística del autor tenía una dimensión política y, por consiguiente, se encontraba tutelado bajo el citado artículo 10° de la CEDH, el cual comprende la libre creación de las ideas y la forma en la que se transmiten.

Asimismo, señaló que el derecho a la libertad de expresión ofrece la oportunidad de formar parte del intercambio público de información y, en ese sentido, los que crean, realizan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones indispensable para una sociedad democrática⁴¹.

Los discursos que la libertad de expresión protege, entonces, no se reducen a los que se manifiestan en forma verbal o impresa (vías tradicionales), porque abarca todos aquellos que, exteriorizados de cualquier modo, por ejemplo a través de comportamientos, intentan comunicar opiniones o difundir mensajes. Así, en el caso de las artes en particular, y para entender su estrecha vinculación con la libertad de expresión, es preciso tener presente que estas han jugado un importante papel en los movimientos políticos y sociales a lo largo de la historia. De hecho, las mayores amenazas a la libertad artística han estado invariablemente basadas, no en el trabajo de los artistas, sino en sus opiniones políticas y sociales, afiliaciones y actividades reales o presuntas. Además de su rol en la política y la cultura, las artes poseen un valor estético en sí mismas que merece protección al amparo de la libertad de expresión, no solo en tanto se trata de expresiones individuales, sino también por su poderosa dimensión social⁴².

Para la CIDH, el derecho a la libertad de expresión (artículo 13° de la Convención) se extiende a la exhibición de las obras artísticas que puedan o no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento

⁴⁰ TEDH. *Case Karatas v. Turquía*, 08 de Julio de 1999.

⁴¹ *Ídem.*, fundamentos 49 y 50.

⁴² LOVERA PARMO, Domingo. *Óp. Cit.*, p. 163 – 164.

dado, puesto que dicha libertad fundamental tiene por objeto proteger y fomentar el acceso a la información, a las ideas, expresiones artísticas de toda índole y fortalecer la democracia pluralista⁴³.

En esa misma perspectiva, Owen FISS⁴⁴ sostiene que la idea del debate público debe entenderse desde su dimensión cualitativa antes que cuantitativa, de tal modo que la libertad de expresión (Primera Enmienda de la Constitución norteamericana) sea vista como un mecanismo para asegurar que el debate público, exponiendo al público los puntos de vista diversos y conflictivos sobre asuntos de importancia pública, pueda verse enriquecida o empobrecida, dependiendo del caso. Así, en la búsqueda por otorgarle una protección a la expresión artística en la Primera Enmienda, a partir de la teoría democrática-política de la libertad de expresión, algunos autores norteamericanos la han concebido como cargada de significación (ideas y opiniones) y, por ello, capaz de ingresar al debate público ideas que permita afianzar el sistema democrático imperante.

No se protege al arte por su valor intrínseco o por su facultad para desarrollar los aspectos sensitivos del individuo, sino por su contribución al debate público de ideas⁴⁵. Criterio asumido por Betzabé MARCIANI, quien postula una concepción amplia del derecho a la libertad de expresión que incluye, evidentemente, a las expresiones artísticas.

4.3. Posición asumida por la Constitución Política peruana: ¿libertad de expresión artística o libertad de creación artística?

Antes de analizar si el derecho a la libertad de expresión artística tiene carácter autónomo o derivado deben precisarse algunos aspectos dogmáticos, pues el artículo 2.4 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de expresión mediante la palabra oral, escrita o la imagen; en tanto el artículo 2.8, el derecho a la creación artística. Es decir, mientras la primera disposición no prevé a las

⁴³ CORTE IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia del 05 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 61.b y 61.c.

⁴⁴ Cfr. FISS, Owen. *The Irony of Free Speech (La ironía de la libertad de expresión)*. Barcelona: Gedisa editorial, 1999, p. 55.

⁴⁵ MARCIANI BURGOS, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra Editores, 2004, pp. 420 - 421.

expresiones artísticas, la segunda, hace referencia textual a la libertad para crear arte. Frente a esta disyuntiva, surgen dudas acerca del derecho fundamental que protege a las manifestaciones artísticas, y, en consecuencia, su naturaleza jurídica.

Respecto a la libertad de creación artística, el TC ha señalado que «[m]ientras los tratados internacionales de derechos humanos [...] protegen el derecho a un régimen de protección de los intereses morales y materiales que se derivan de las creaciones artísticas, científicas o literarias (derecho a la propiedad intelectual), nuestra Constitución protege también la libertad para la creación de dichas producciones. Esta libertad, sin duda, es un presupuesto indispensable para un adecuado régimen de protección de las creaciones artísticas, científicas o literarias. Esa libertad protege, primordialmente, la posibilidad amplia de creación en los ámbitos literario, científico, tecnológico, artístico, sin que medien obstáculos, censuras o restricciones por parte del Estado o los particulares. Siendo el intelecto humano uno de los componentes esenciales de la personalidad moral del individuo, la protección de la libertad de creación intelectual tiene un engarce fundamental con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución).»⁴⁶

De esta manera, se contempla la libertad de creación artística como una fase previa para la protección de las invenciones a través del derecho a la propiedad intelectual, mas no como una libertad comunicativa. El Estado garantiza plena libertad a la actividad creadora de las personas con el objeto de que pueda desarrollar ampliamente sus capacidades artísticas y disfrutar de los beneficios materiales y morales.

Por otro lado, dentro del ámbito de la libertad de expresión se admiten las expresiones artísticas a pesar que no se encuentren consignadas en el texto expreso de la Constitución. Ello debido a que: 1) El bloque de constitucionalidad integra el artículo 13° de la CADH, el cual reconoce taxativamente la libertad de expresión artística; y, 2) El artículo 2.4 de la Constitución no obedece a una lectura restrictiva, por cuanto prevé que las expresiones alcanzan también a las

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 08506-2013-PA/TC, sentencia del 10 de noviembre de 2015, fundamento 7.

dimensiones gráficas. El problema surge porque la difusión de estas expresiones presupone una labor creadora del arte, lo que podría entenderse como actuaciones humanas protegidas por el derecho a la libertad de creación artística, antes que la libertad de expresión.

Sin embargo, lo antes sostenido no es del todo correcto. El artículo 2.8 de la Constitución protege el proceso de creación, elaboración o composición de arte, como un espacio vedado para el Estado y los terceros de impedir o modificar la inspiración humana. Cuando la manifestación artística sale del ámbito interno del sujeto y decide comunicarlo al público, estaremos frente al ejercicio del artículo 2.4 de la Constitución que configura a la libertad de expresión artística. En efecto, como señala Mario SOL, «[s]olo aquella obra que sea divulgada entrará en el proceso de comunicación, en cuyo momento, su autor, lo que estará ejercitando será la libertad de expresión. Pero en el supuesto de que un autor cree una obra y jamás la divulgue (supongamos que la destruye) no se le debería negar que ha ejercitado su libertad de creación. Sin embargo, jamás ejercerá su libertad de expresión en lo que a tal obra se refiere, por lo menos entendida ésta en su dimensión comunicativa.»⁴⁷

En tal sentido, se puede concluir que las manifestaciones artísticas propiamente dichas están reguladas por el derecho a la libertad de expresión artística, la misma que constituye una forma de ejercer el derecho a la libertad de expresión, conformando una relación de especie-género.

No obstante ello, si bien la libertad de expresión artística es un derecho derivado de otro, posee un contenido autónomo que robustece – o cuando menos marca diferencia – a la concepción tradicional del derecho a la libertad de expresión. No se protege por el hecho de difundir opiniones de interés general o coadyuvar a consolidar la opinión pública, ya que puede llegar a exteriorizar mensajes ciertamente ininteligibles, satíricos, burlescos, revolucionarios o contrarios a las convicciones sociales y culturales predominantes.

⁴⁷ SOL MUNTAÑOLA, Mario. *El régimen jurídico de la parodia*. Madrid: Edit. Marcial Pons, 2005, p. 81.

5. ESTADO DE CULTURA Y DERECHO CONSTITUCIONAL CULTURAL: LA CONCEPCIÓN DEL ARTE Y EL SER HUMANO

La expresión «Estado de Cultura» tiene su origen en la Alemania de la segunda mitad del siglo XX⁴⁸ y como uno de sus máximos tratadistas al jurista Peter HÄBERLE, quien es acaso el que mayor difusión ha tenido en América Latina. En su obra «Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura» reconoce que «[l]a Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos»⁴⁹.

En un Estado de Cultura es el elemento cultural⁵⁰ el que permite reivindicar la esencia de la persona dentro del orden constitucional y entender la evolución social de toda una organización política. Por eso, se concibe a la dignidad humana como la premisa antropológico-cultural del Estado Constitucional y a la democracia liberal como su consecuencia organizativa⁵¹.

La cultura se convierte, entonces, en el centro de gravedad del Estado y la Constitución, encarnando un concepto amplio, plural y de apertura hacia lo novedoso. Hace posible la presencia de diferentes comportamientos y manifestaciones culturales así como la inclusión del ser humano en su propio desarrollo espiritual y material.

En el ámbito constitucional, la cultura se expresa mediante la educación, la ciencia y el arte, formando un baremo especial en lo que a autonomía, libertad y distanciamiento de la coercibilidad estatal se refiere⁵². También, «crea a un tipo humano con rasgos psicológicos propios: el hombre culto, que por serlo, es más reflexivo y más crítico, y

⁴⁸ El antecedente normativo se remonta al artículo 3º de la Constitución de Baviera (1946), cuyo tenor describe que «Baviera es un Estado de derecho cultural y social».

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, pág. 34.

⁵⁰ Para Stefan Huster, un concepto de cultura en sentido estricto abarca el arte, y frecuentemente también los conocimientos poseídos y la ciencias; mientras que en sentido amplio, comprende la totalidad de las convicciones, actitudes y formas de vida de los ciudadanos. Para Antonio Pau y María Roca, la cultura es el ámbito de los valores; toda creación valiosa es una creación cultural, sea un cuadro, un poema, una sinfonía, un código o una revolución. HUSTER, Stefan y otros. *Estado y Cultura*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 14 - 15 y 50.

⁵¹ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP y Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 169.

⁵² HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. *Óp. Cit.*, p. 28.

por tanto más libre»⁵³. Y es que los textos constitucionales son *ratio*, pero también *emotio*, porque conectan al ser humano con los valores fundamentales de la sociedad y, a su vez, garantizan el hecho de poder ejercerlos y expresarlos. Su función es captar la *conditio humana* desde el lado emocional y, por tanto, dar también más constitución a la *res pública* desde este lado, dirigirse al ser humano desde el lado de lo irracional, de lo que sobrepasa a la razón⁵⁴.

Lo anterior significa que bajo los presupuestos de un Estado de Cultura, el hombre es el principal actor y hacedor de la cultura, que tiene una posibilidad de expansión creativa y con ello también de autorrealización personal⁵⁵, un ser intrínsecamente valioso e incompleto que solo encuentra la respuesta plenamente adecuada en el sentir y el querer⁵⁶, un ser altamente autorreflexivo de su realidad que piensa desarrollar su espiritualidad y no conoce más límite cognitivo que su propia imaginación. El arte y, en especial, el derecho a la libertad de creación y expresión artística, como bienes culturales, son para él, aspectos trascendentes para su existencia porque contribuye al proceso educacional y formativo de la sociedad, al tiempo de fortalecer su identidad cultural individual o colectiva⁵⁷.

El Estado, por tanto, no puede frustrar *pima facie* las expresiones artísticas del ser humano, porque estaría restringiendo el acceso a la cultura y atentando contra los derechos a la educación y a la identidad. Tampoco podría imponer los dictados de la mayoría o de su propia preferencia; en su lugar, asume el compromiso de integrar la diversidad y fomentar la culturización de la sociedad.

En Colombia, es donde se puede apreciar la tesis haberliana, ya que su Corte Constitucional⁵⁸ ha resaltado que la libertad de expresión artística constituye por excelencia el medio para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad, en

⁵³ PAU, Antonio y J. María ROCA. «Arte y Poder». En: *Estado y cultura*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 92.

⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Óp. Cit., p. 117.

⁵⁵ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 56.

⁵⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 56.

⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 204.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-104/96, del 08 de marzo de 1996, acápite 3 de las consideraciones de la Sala.

cumplimiento del deber impuesto al Estado de promover y fomentar la creación de la identidad nacional a través de la cultura.

Por eso no cabe reducir la libertad de expresión artística a su vertiente meramente comunicativa, al punto de otorgarle un mayor grado de protección en tanto transmita un conjunto de ideas que sirvan para el debate público y contribuyan al fortalecimiento del sistema democrático. Las manifestaciones artísticas gozan de una consideración especial por ser expresión auténtica del espíritu humano, crítico, irreverente y en ocasiones totalmente ajeno a cuestiones políticas o de interés público⁵⁹. Por tanto, siendo parte de una dimensión cultural que se reinventa, busca casi siempre generar cambios, o cuando menos, remover los cimientos tradicionales de la estructura social.

El estudio de las artes en el Estado de Cultura debe tener una visión amplia y abierta para que sea concebida como una verdadera libertad cultural que permita al ser humano crear, desarrollar y expresar su íntima y profunda valoración sobre la naturaleza, lo terrenal y lo espiritual; incluso, contra aquellos arquetipos o paradigmas predominantes y hegemónicos de una sociedad. Así como no puede existir un Estado constitucional sin medios de comunicación libres, tampoco es imaginable sin artistas que realmente lo sean⁶⁰.

6. DISCURSOS PROTEGIDOS POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

6.1. Un apunte preliminar bajo la genérica libertad de expresión:

De modo general, la libertad de expresión puede ser entendida como aquel derecho constitucional que permite el libre intercambio de ideas, opiniones y críticas respecto a un determinado asunto, con la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública en la sociedad. Su desarrollo se ha visto enriquecido por la doctrina y la jurisprudencia a través de la creación de ciertas

⁵⁹ Por ejemplo, en el *case Masterpiece Cakeshop, Ltd. Et Al, Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, Et Al*. 584 U.S. (2018), el juez Thomas de la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que las tortas de boda, elaborados por un pastelero, representan expresiones artísticas protegidas por la Primera Enmienda: «Phillips' creation of custom wedding cakes is expressive. The use of his artistic talents to create a well-recognized symbol that celebrates the beginning of a marriage clearly communicates a message [...] By forcing Phillips to create custom wedding cakes for same sex weddings, Colorado's public-accommodations law "alter[s] the expressive content" of his message».

⁶⁰ VÁSQUEZ ALONSO, Víctor. *Óp. Cit.*, p. 85.

reglas interpretativas que han permitido identificar y delimitar los discursos que encuentran amparo jurídico.

Así pues, se ha establecido que la crítica goza de un mayor nivel de tolerancia cuando es efectuada contra funcionarios o personas de relevancia pública, a diferencia de cualquier particular⁶¹. También es pacífico sostener que el ejercicio de este derecho no solo se protege las ideas favorables, inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, irritan o inquietan al Estado o a una fracción cualquiera de la población⁶².

Asimismo, se sostiene que las críticas tienen mayor cobertura cuando versan sobre aspectos relacionados con el interés público, el debate público o la opinión pública⁶³, esto es, respecto de aquellos temas que necesitan ser conocidos por las personas porque revisten de importancia general para la sociedad y el Estado.

Lo antes expuesto, representa solo una muestra de cómo el precitado derecho constitucional se concibe en nuestro ordenamiento y a su vez, cómo va marcando su línea de acción frente a casos concretos. Sin duda, la construcción interpretativa de su aplicación orienta el accionar del operador jurídico para determinar cuándo estamos ante un ejercicio válido de la libertad de expresión.

6.2. La libertad de expresión artística: El discurso satírico y sus derivados

En el ámbito artístico, las expresiones suelen dirigirse a través del uso de un lenguaje sumamente crítico, provocador, burlesco o irónico, pues el artista es una persona que tiende a ocultar bajo su ingenio la exteriorización refinada de su pensamiento. En *Hustler Magazine v. Falwell*, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció expresamente la existencia de un derecho a la crítica muy aguda cuando estas se realizan a través de una parodia, y sobre todo contra figuras o medidas públicas. «Dichas críticas, inevitablemente, no siempre serán razonadas ni moderadas; las figuras públicas, así como los funcionarios públicos, siempre

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116. Lima: 13 de octubre de 2006, párr. 10.

⁶² CORTE IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia del 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 117. Caso *kimel vs. Argentina*, sentencia del 02 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 88.

⁶³ CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 02 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 129.

estarán sujetos a “ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradablemente incisivos”»⁶⁴.

Y es que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística se asocia por excelencia – y puede ser mejor entendido – con un lenguaje satírico. Para la Real Academia Española, la sátira puede significar una «composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar a alguien o algo» o un «discurso o dicho agudo, picante, mordaz, dirigido a censurar o ridiculizar»⁶⁵. En el caso *Eon v. Francia*, el TEDH sostuvo que «la sátira es una forma de expresión artística y un comentario social que, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente tiene como objetivo provocar y agitar. En consecuencia, cualquier interferencia con el derecho de un artista, o de cualquier otra persona, de usar este medio de expresión debe examinarse con especial cuidado.»⁶⁶

Para José DE VERDA «[l]a sátira supone un tipo de discurso crítico, caracterizado por la exageración, en la que, de modo burlesco, se deforma la realidad, suscitándose la sonrisa del público. Esta exageración de la realidad hace que lo que se narra no sea percibido como totalmente exacto por el receptor del mensaje. Por otro lado, el tono irónico crea un contexto que justifica el uso de expresiones alejadas de los habituales parámetros de corrección, las cuales han de enjuiciarse con mayor grado de tolerancia»⁶⁷.

Del mismo modo, Mario SOL sostiene que la sátira «[e]s un antiquísimo mecanismo de control social que se ampara en la risa amarga o en el ironía, y en la complacencia de los demás. Ataca los vicios y defectos de la persona o grupo de personas que sean objetivos, directamente o a través de sus representaciones externas (entre las que, por supuesto, caben las obras artísticas). Es la forma más

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

⁶⁵ Consulta: 20 de junio de 2016 <<http://dle.rae.es/?id=XKu25w9>>

⁶⁶ TEDH. *Case Eon v. Francia*, 14 de marzo de 2013. TEDH, *case Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, 25 de enero de 2007

⁶⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, José. «Discurso satírico y Derecho al Honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31), caso Eon c. Francia». En: *Revista boliviana de Derecho*. Santa Cruz de la Sierra: N° 18, julio, 2014, p. 356.

directa y dañina de crítica, pues se dirige a los aspectos más débiles o aparentes del sujeto criticado»⁶⁸.

Lo anterior evidencia la necesidad de construir una serie de presupuestos que configurarían al lenguaje satírico, pues no basta con alegar que cualquier expresión artística constituye sátira, antes bien, debe estudiarse si la expresión *per se* puede ser calificada como tal. Por ello, consideramos a los siguientes elementos:

- Busca realizar un control social sobre una determinada parcela de la realidad (entiéndase a los sujetos u objetos atacados);
- Se muestra como una exageración o deformación de la realidad;
- Tiene como objetivo provocar, agitar, ridiculizar, ironizar, burlarse y criticar duramente a su realidad; y,
- Exige un estándar de tolerancia más elevado que otro tipo de críticas.

En efecto, «[l]a labor de la sátira radica, pues, en objetar o cuestionar lo que el autor percibe en la sociedad. No se trata de la crítica usual, a través de una columna de opinión, en la que una persona suele argumentar a favor o en contra de una postura determinada. Es, en realidad, crítica a través del arte y la creatividad, por lo que merece una tutela adecuada sobre todo si lo que se propone efectuar es una crítica sobre aspectos políticos, religiosos o sociales»⁶⁹.

Pero si bien la sátira es una crítica excesivamente aguda, tampoco debe ser confundida con tener un derecho a insultar. La crítica – incluso la más ácida – es un aspecto consustancial al ejercicio de la libertad de expresión artística y representa un juicio de valor (positivo o negativo) que es elaborado y difundido por el artista mediante sus obras ante un determinado objeto; el insulto⁷⁰, por su

⁶⁸ SOL MUNTAÑOLA, Mario. *Óp. Cit.*, 203.

⁶⁹ ZEA MARQUINA, Elizabeth y otros. «Sátira religiosa y libertad de expresión. Pautas para el análisis de un conflicto recurrente en las sociedades modernas». *En: Serie Libertades Comunicativas*. Lima: Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo USMP, Año 2, Núm. 2, 2015, p. 19.

⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02976-2012-PA/TC, sentencia del 05 de setiembre de 2013, fundamento 18. «Lo que lo hace ilegítimo es que [la opinión] venga acompañado de frases vejatorias, de afrentas, ofensas, insultos o ultrajes. Expresiones de esta última clase no son dicciones que se encuentren garantizadas por la libertad de expresión, sino comportamientos que se encuentran extramuros de su ámbito constitucionalmente protegido.» CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-213/04, del 08 de marzo de 2004, fundamento 15. «La primacía de la libertad de opinión en la tensión con el buen nombre será reforzada, de manera que sólo opiniones insultantes o absolutamente irrazonables, serán objeto de reproche constitucional. Por su parte, tratándose de la honra, se demanda que la opinión guarde una estrecha relación con los hechos en

parte, no tiene amparo constitucional por este derecho-libertad y supone un límite a su ejercicio, pues emplea agravios y ofensas con la finalidad de denigrar a la persona y al respeto por su dignidad.

Ahora bien, la sátira también puede manifestarse en expresiones de burla. Estas se caracterizan por el empleo de un lenguaje jocoso que permite exponer determinadas críticas, las cuales suelen llevar hasta la ridiculización. En efecto, la doctrina reconoce que la burla puede configurarse como una sátira disminuida o, según el talante de la misma, como una sátira igualmente mordaz. Por ejemplo, para Ronald DWORIN «[l]a burla es una clase de expresión bien determinada; su esencia no puede redefinirse de una forma retórica menos ofensiva sin expresar algo muy distinto de lo que se pretendía. Ése es el motivo por el que, durante siglos, las tiras humorísticas y otras formas de sátira han estado, incluso cuando eran ilegales, entre las armas más importantes de nobles y de perversos movimientos políticos». ⁷¹ Por el contrario, Mario SOL, señala que «la burla puede cumplir idénticas funciones que la sátira, pero lo hará de forma mucho más menguada». ⁷²

Asimismo, cabe mencionar que la sátira se expresa de igual forma a través de la parodia. Aquí el parodista crea su obra artística mediante la destrucción de otra, utilizando diversos recursos expresivos (imitación, modificación, etc.). Por ello, sus «contenidos [son] críticos en el sentido destructor del término, [pues] en la parodia la crítica que no sea destructiva no tiene cabida». ⁷³

Se reconoce en el parodista el *animus criticandi* (criticar), *animus iocandi* (burlar) y el ánimo de dañar a la obra original, en cuyos casos «siempre subyace una actitud más o menos crítica que arremete contra los principios, estilo, personajes, cánones o moral transmitidos por la obra parodiada». ⁷⁴ Frente a este tipo de sátira, aparece

los que se apoya. Así, no sólo se trata de opiniones insultantes las que merecen reproche constitucional, sino también opiniones que, a la luz de los hechos, resultan excesivamente exageradas, siempre y cuando tengan como propósito directo cuestionar a la persona en sí misma.» TEDH. *Case Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, 02 de febrero de 2016. «[L]a ofensa puede quedar fuera de la protección de la libertad de expresión si se trata de una denigración gratuita, por ejemplo, cuando el único propósito de la declaración ofensiva es insultar [...]; pero el uso de frases vulgares en sí mismo no es decisivo en la evaluación de una expresión ofensiva, como bien puede servir con fines estilísticos [...] el estilo constituye parte de la comunicación como la forma de expresión y, como tal, está protegido junto con el contenido de la expresión.»

⁷¹ DWORIN, Ronald. *El derecho a la burla*. España: Publicado en el diario «El País», el 25 de marzo de 2006.

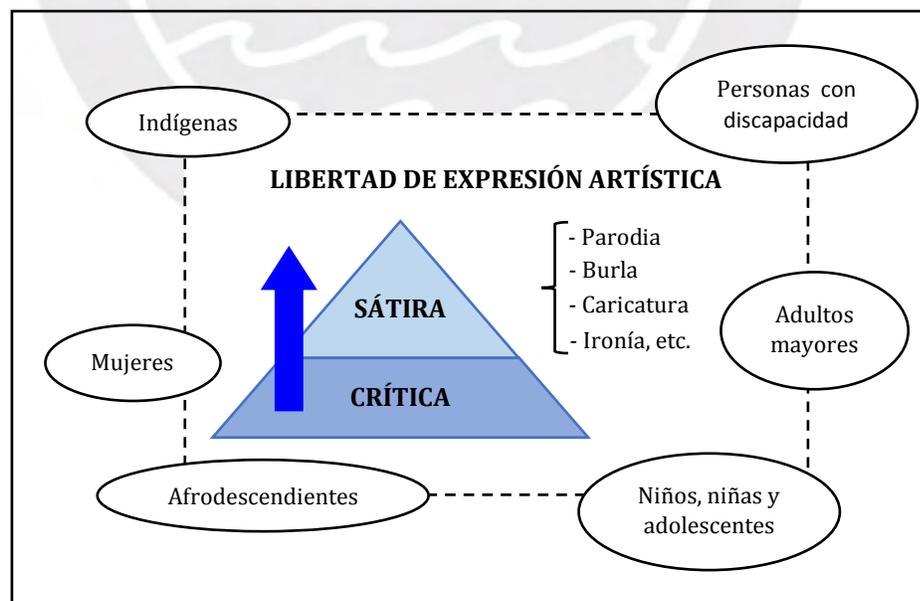
⁷² SOL MONTAÑOLA, Mario. *Óp. Cit.*, 204.

⁷³ *Ídem.*, p. 126.

⁷⁴ *Ídem.*, p. 129.

la caricatura, la cual es otra manifestación de la libertad de expresión artística y también más evidente en el dibujo, la pintura e incluso en la escultura. Se diferencia de aquella (la parodia), porque la caricatura alcanza los aspectos externos, aparentes o físicos y la deformación se produce por la exageración hacia la ridiculización; en cambio, la parodia alcanza a la esencia, el espíritu de las cosas, su significado y contenido expresivo⁷⁵.

Sin embargo, lo anotado precedentemente no debe caer en la falsa idea de que la sátira es una técnica omnipotente en las expresiones artísticas, es decir, que no conoce límites y que es capaz de cobijar todo tipo de expresiones sin recibir reproche alguno. De hecho, existen ciertos terrenos movedizos para el lenguaje satírico, donde la praxis judicial y la casuística del día a día – que será analizada con mayor detenimiento en los siguientes capítulos – demuestran que son pasibles de serias reticencias, por lo que su tutela constitucional se somete a un análisis más riguroso. Ello sucederá, por ejemplo, cuando la sátira esté direccionada contra grupos o poblaciones vulnerables y/o de especial protección constitucional, llámese, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, afrodescendientes, mujeres, adultos mayores, miembros de comunidades indígenas o campesinas, personas LGBTI, etc.



⁷⁵ Ídem., pp. 198 – 200.

El gráfico anterior, describe que el derecho a la libertad de expresión artística puede manifestarse mediante la sátira, la cual representa una crítica superlativa que se traduce en parodias, burlas, caricaturas, ironías, entre otras figuras. Esto quiere decir que, cuando se empleen expresiones artísticas el nivel de tolerancia que se exige al sujeto retratado es mayor que para el caso de la crítica común y, aún mucho mayor, cuando sea dirigida contra servidores, funcionarios y personajes de relevancia pública, respecto de asuntos de connotado interés público. No obstante ello, existen determinados sujetos protegidos por la Constitución que requieren una valoración especial frente a cualquier lenguaje satírico y, por consiguiente, hacen menos potente su irradiación.

7. CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA:

7.1. Titularidad:

En la teoría general de los derechos humanos se ha sostenido que estos pueden ser concebidos como bienes humanos que satisfacen las exigencias y necesidades de la naturaleza humana en sus dimensiones material, espiritual, individual y social⁷⁶. No obstante, a pesar que estos bienes son debidos única y exclusivamente al ser humano, la doctrina de la libertad de expresión artística parece exigir un criterio cualitativo al sujeto activo del derecho, como requisito previo para amparar su ejercicio, vale decir, la condición de ser «artista».

Entonces la interrogante que surge inmediatamente es la siguiente: ¿Quiénes son considerados artistas para el Derecho? Acaso, ¿Serán los estudiantes, egresados o titulados de las escuelas o institutos profesionales de artes? ¿Podrían ser aquellos cuyas obras son catalogadas como arte por la crítica o sus destinatarios? ¿Tal vez los que son reconocidos como tales gracias al transcurso del tiempo? O quizá bastaría asumir simplemente que todos tenemos una vena artística, y por consiguiente, aceptar que cualquier boceto, letra o verso elaborado incluso en un

⁷⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 30 – 32.

momento de ocio encajaría plenamente en el reconocimiento de la libertad de expresión artística.

Atisbar una respuesta no ha sido sencilla, si se tiene en cuenta que existen determinados derechos fundamentales que requieren de alguna condición para ser jurídicamente oponibles. Tal es el caso del derecho a la negociación colectiva o el de consulta previa, los cuales si bien son reconocidos a favor de las personas, no todas se encuentran en la posición jurídica de reclamarlos. Obviamente, sería absurdo admitir que una empresa extranjera ha afectado el derecho a la negociación colectiva de dos personas que – sin tener algún tipo de vínculo contractual (laboral) – decidieron reclamarle un aumento de sus honorarios; o encontrar fundado el reclamo de un ciudadano contra su alcalde por no haberle consultado previamente la decisión de asfaltar la pista adyacente a su vivienda.

Resulta interesante apreciar que en la experiencia norteamericana⁷⁷ se utilizaba un mecanismo indirecto para calificar si una persona podría ser considerada artista. Para ello, se habilitaba una Comisión de Expertos que juzgaba si la obra de arte podría ser estimada como tal, en función a su relevancia literaria, histórica o social. Con la opinión de dichos especialistas no solo se ilustraba a la Corte Suprema de los Estados Unidos que el producto artístico merecía salvaguarda bajo la Primera Enmienda, sino que se aceptaba al titular de la obra como artista.

En el derecho peruano⁷⁸, se ha intentado definir al artista de una forma amplia y ciertamente tautológica, pues está descrito como aquel que realiza una obra artística utilizando sus diversas habilidades o instrumentos para mostrar al público el resultado de su interpretación y ejecución. Esta definición, grafica una posición de derecho fundamental⁷⁹ en la cual el ejercicio de la libertad de

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

⁷⁸ Tal es el caso de la Ley del Artista Intérprete y Ejecutante – Ley N° 28131, cuyo artículo 2 señala que «Para los efectos de la presente Ley se considera artista intérprete y ejecutante, en adelante «artista», a toda persona natural que representa o realiza una obra artística, con texto o sin él, utilizando su cuerpo o habilidades, con o sin instrumentos, que se exhiba o muestre al público, resultando una interpretación y/o ejecución que puede ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en soporte adecuado, creado o por crearse». Por su parte, la Ley sobre el Derecho de Autor – D. Leg. N° 822, define en su artículo 2.2. lo siguiente: «Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folklore, así como el artista de variedades y de circo».

⁷⁹ Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar

expresión artística habrá de tomar en cuenta un sujeto activo que será el titular del derecho, un objeto que estará dado por la manifestación artística y un sujeto pasivo, que recaerá en el público receptor (persona natural, jurídica o estatutaria).

Bajo esa premisa, las expresiones artísticas serían todas las creaciones teóricas y prácticas sin discriminar a ningún individuo como ente creador, pero la realidad artística, estaría compuesta por discriminaciones y criterios teóricos de selección y clasificación, ambiguos en algunos casos, pero existentes⁸⁰. En este marco, Juan MORALES, siguiendo a BEUYS⁸¹, señala que es posible la idea de que todo ser humano debe ser un artista, aunque dentro de lo que se llama el mundo del arte prima otro criterio alejado de la libre creación, que es el gusto del público el que dicta el mercado artístico y delimita la calidad de la obra.

Por tanto, cabría sintetizar que en materia artística la preocupación no debe estar en determinar quiénes son artistas (titulares del derecho), porque en efecto esa naturaleza la encontramos en el mundo interno de todo ser humano cuando crea o quiere dar a conocer sus ideas y pensamientos a través de medios poco convencionales (arte). Tiene que evitarse una concepción netamente estética de la libertad de expresión artística o, en otras palabras, circunscrita a la belleza del contenido de la obra, por cuanto ese comportamiento recae en el sujeto pasivo del derecho, quien podrá interpretar (aceptar o rechazar) la creación del artista en base a sus más íntimas convicciones ideológicas, políticas, culturales y espirituales⁸². Inclusive, la manifestación artística podría estar sujeta a una apreciación crítica por parte de un panel de expertos, quienes – a pesar de sus asiduos comentarios – no podrán negar que toda persona se halla en posibilidades de crear y expresar en forma legítima su arte, independientemente del grado de aceptación de sus mensajes.

en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 80.

⁸⁰ MORALES QUESADA, Juan. *La indeterminación del concepto de arte en la sociedad*. Memoria para optar el grado de Doctor. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Bellas Artes, 2011, p. 73. Consulta: 20 de junio de 2016. <<http://eprints.ucm.es/12344/1/T32798.pdf>>

⁸¹ *Ídem.*, p. 74.

⁸² Esto explica por qué la película «*The Da Vinci Code*» de Ron Howard (2006) ha sido prohibida en algunos países del mediterráneo como Egipto, Jordania, Líbano, India y Pakistán.

7.2. Terceros intermediarios:

La exhibición del arte constituye un momento en el que el artista pone en conocimiento del público el fruto de su invención. Dicha acción – en algunos casos – puede ser realizada por el mismo sujeto, así como también con el apoyo voluntario o involuntario de terceros, tal es el caso de un editor de novelas, el vendedor de comics, de discos musicales, entre otros. Así, por la participación directa en la difusión de las expresiones, a la persona intermediaria se le extiende la protección y restricciones que corresponden al derecho a la libertad de expresión artística.

Desde luego, no se trata aquí de cualquier tercero, sino de aquellos que contribuyen decisivamente a que la creación artística llegue al público. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania *«la Ley Fundamental garantiza plenamente la libertad de ejercer una actividad en el campo artístico. Por ello, en la medida en que se requiera de la actuación de intermediarios (así como de medios publicitarios) para establecer una relación entre el artista y el público, también las personas que ejercen una actividad mediadora de este tipo se encuentran protegidas por la garantía de libertad artística. Como una obra de arte narrativa sin distribución ni publicación no podría ser eficaz en el público, la editorial representa un intermediario indispensable entre los artistas y el público y la precitada garantía se extiende también a sus actividades. Por lo tanto, el solicitante como editor de la novela puede ser afectado en su derecho fundamental de libertad artística»*⁸³.

7.3. Contenido:

Cuando el artista crea una obra se dice que pone en marcha el libre espectro subjetivo de sus pensamientos. Este momento goza de plena absolutez, en la medida que ni los particulares y mucho menos el Estado pueden imponer patrones moralistas, técnicos o estéticos para preconcebirlo.

Distinto es lo que acontece con la etapa de difusión de ese mismo producto, habida cuenta que se trata de un ejercicio relativo del derecho, al encontrarse en una

⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 30, 173, 54 [Mephisto], 24 de febrero de 1971.

posible colisión con otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes y merecedores de tutela.

Lo anterior ha sido desarrollado por la Corte Constitucional colombiana en la acción de tutela interpuesta por Germán Castro Calixto contra la Gobernación de Santander, pues en su condición de ciudadano ateo consideró que dicha comuna había vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad en materia religiosa al suscribir un contrato con fondos públicos para la construcción de una escultura alegórica al «Ser Superior» en el recinto denominado «Ecoparque Cerro del Santísimo».

En esta sentencia el colegiado constitucional reconoció y desarrolló dos aspectos de la libertad de expresión artística, uno, sobre el derecho a la creación artística, y otro, que hace mención al derecho a la expresión artística propiamente dicha. A continuación se desarrollarán cada uno de ellos⁸⁴:

7.3.1. El derecho a crear arte:

Este aspecto del derecho a la libre expresión artística no admite limitación alguna por su alcance netamente íntimo, salvo la técnica elegida por el artista y las fronteras de su propia capacidad para convertir su obra en una realidad material (pintura, escultura, cuento, canción, etc.). De manera que, cualquier acto, particular o de autoridad, que pretenda poner freno al desarrollo del impulso vital del hombre creador, constituye un ultraje a su dignidad humana.

Así, la libertad para proyectar en objetos materiales una idea, en tanto pertenece a la esfera privada del individuo, es absoluta; dicha libertad se predica respecto del contenido, significado o mensaje de la obra, así como del medio para su manifestación plástica, es decir, de la técnica.

7.3.2. El derecho a difundir arte:

La corte sostiene que toda persona tiene derecho a competir en igualdad de condiciones por un acceso a los medios públicos de difusión, para dar a

⁸⁴ Revisar la sentencia T-139/14, del 13 de marzo de 2014, fundamentos 5.5.6 y 5.5.7; así como, también la sentencia T-391/07, del 22 de mayo de 2007, fundamento 2.5.

conocer sus obras, así como tiene derecho la comunidad a apreciarlas y a escoger libremente aquellas que considere dignas de su aprobación o rechazo, sin que dicha elección esté viciada por la previa imposición o censura que haga el Estado de determinada concepción estética.

Esta última faceta del derecho a la libre expresión artística no es absoluta y encuentra sus límites en el deber genérico que tiene toda persona de no abusar de sus derechos en detrimento de los derechos de otros. En ese entendido, es posible que un artista encuentre, al exhibir su obra, que la misma ofende los sentimientos de algunas personas, quienes tienen un interés legítimo en que no se les obligue a presenciar lo que ellas – y no una autoridad – consideran emocional, estética o moralmente contrario a sus convicciones.

De igual forma, en Alemania, cuando se habla de la libertad artística (*Kunstfreiheit*) se hace referencia a dos etapas que van imbricadas en el procedimiento de difundir las creaciones artísticas. Estas son: 1) El ámbito de la obra, fundado en la actividad artística o que vendría ser el momento de creación de la obra; y, 2) El ámbito de influencia, que va dirigido a la opinión y crítica del público o, denominado libertad de expresión artística propiamente dicha.

En la sentencia *BVerfGE 30, 173*, del 24 de febrero de 1971, referido al recurso de amparo interpuesto en contra de la reproducción, distribución y publicación de la novela *Mephisto*, el Tribunal Constitucional alemán señaló que la garantía de la libertad artística incluye por igual tanto el «ámbito de la obra» (*Werkbereich*) como el «ámbito de actuación o de influencia» (*Wirkbereich*) de la creación artística. Ambos constituyen una unidad indisoluble. No solo la actividad artística (ámbito de la obra), sino también la presentación y difusión del trabajo artístico (ámbito de influencia) son materialmente necesarios para el encuentro de la obra como un proceso, en todo caso, específicamente artístico. Es en este «ámbito de influencia» – mediante el cual se logra que el público tenga acceso al trabajo

artístico – donde ha crecido y se ha desarrollado la garantía contemplada en el artículo 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental⁸⁵.

En suma, se puede concluir que la libertad de crear arte es absoluta en tanto reside en el mundo interno del artista que elabora o prepara su obra con un vasto margen de insumos materiales e ideológicos, mientras que la libertad de difundir o expresar el arte es relativo, por la reacción valorativa que puede causar en el sujeto pasivo.

7.4. Dimensión:

7.4.1. Individual:

Se refiere a la libertad de creación que tiene el artista sobre sus obras, en la cual goza de la absoluta disposición para emplear cualquier instrumento o tipo de lenguaje con la finalidad de expresar sus ideas que, en algunos casos, son consideradas críticas, excéntricas u ofensivas por el sujeto receptor.

7.4.2. Colectiva:

Atañe al momento mismo de la difusión, publicación, exhibición y/o divulgación de la expresión artística hacia terceros. El sujeto creador o emisor del arte puede elegir el mecanismo apropiado para hacer llegar su obra a un grupo determinado o indeterminado de personas.

7.5. Objeto de protección:

La discusión acerca de la naturaleza jurídica de la libertad de expresión artística puso en evidencia que existen dos posturas enfrentadas sobre el tema. Una vinculada con los fundamentos democrático-políticos e institucionales de la libertad de expresión y, otra que asume una posición autónoma relacionada con las consideraciones axiológicas del producto de arte.

En general, puede admitirse que diversos Estados – sea por vía normativa o jurisprudencial – optan por la corriente que subsume a la libertad de expresión

⁸⁵ Cfr. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Traducción de Marcela Anzola y Emilio Maus. México: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2009, pp. 255 – 256.

artística dentro de la libertad de expresión, soslayando que las manifestaciones artísticas tienen un valor especial, tanto para el artista como para la sociedad, que justifica su protección jurídica en mayor medida y no solo en su faz comunicativa⁸⁶.

Y es que esta libertad no protege el mensaje artístico por la relevancia o el vínculo que pueda tener con los temas políticos, sociales u otros, pues al artista le puede resultar totalmente indiferente retratar en su obra un eje temático objetivado y súbitamente contrastable con su realidad. Tampoco, busca asumir una posición crítica y valorativa sobre la esteticidad del producto artístico que ha creado, porque incluso con las tendencias vanguardistas se quiebra la vetusta concepción de asociar la belleza y lo moral con el arte. En otras palabras, se trata de un tipo de expresión que va más allá del clásico concepto sobre la libertad de expresión, aunque sin duda compartan algunas aristas constitucionales.

En realidad, el *leitmotiv* que conlleva a su protección reside en el arte mismo, que va desde garantizar los móviles instrumentales (materiales o inmateriales) en el procedimiento de su creación – los cuales son por antonomasia un ejercicio de amplia libertad y creatividad que no deben ser impedidos por terceros o el Estado – hasta la decisión de divulgarlo ante la colectividad.

Se quiere entonces otorgar un reconocimiento especial tanto al fruto concreto de la inspiración e imaginación del hombre, así como a su capacidad de expresarla al público (concepción objetiva de la libertad de expresión artística). Ésta, y no otra, debiera ser la lectura a la libertad de expresión artística contenida en el artículo 2.4 de nuestra Constitución Política, en tanto valora la dimensión cultural de la naturaleza humana y la garantía a difundir sus ideas.

Además, permite sostener que el ejercicio de este derecho asegura también que el hombre pueda alcanzar el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2.1 de la Constitución Política), como sucede cuando se dedica a elaborar unos versos con técnica cruzada, una copla popular andina, montar una obra escénica, llevar a cabo una pintura de óleo sobre lienzo, entre muchas actividades más.

⁸⁶ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Libertad artística y espectáculos taurino-operísticos». En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid: Edit. Thomson Civitas, N° 121, Enero-Marzo, 2004, p. 104. Consulta: 27 de junio de 2016. <<http://www.uv.es/gadopas/2004.Libertad.artistica.toros.pdf>>

Para el Tribunal Constitucional de Alemania⁸⁷, lo esencial de la acción artística es la libre configuración creativa en la cual se plasman intuitivamente por medio de un determinado lenguaje las impresiones, experiencias y vivencias del artista. Dicha acción es una confluencia de procesos conscientes e inconscientes que no pueden ser descifrados racionalmente. Así, en la creación artística actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y la pericia artística; no se trata primariamente de información, sino de expresión, y ciertamente de la más inmediata expresión de la personalidad individual del artista.

En cierta ocasión, el mencionado tribunal evaluó la vulneración a la libertad artística en un proceso de amparo interpuesto por un cantante que fue arrestado por difundir en autoparlantes la canción «Alemania tiene que morir» del grupo de rock punk *Slime*, ante una asamblea realizada en la ciudad de *Kreuzberg*, en setiembre de 1997.

Un fragmento de la letra de la canción describe:

*«Donde gobiernan el país los
fascistas y las transnacionales,
Donde la vida y el medio ambiente
no interesan a nadie,
Donde todos los hombres pierden
sus derechos,
Allí en realidad sólo puede suceder
una cosa.
Alemania tiene que morir, para que
podamos vivir,
Alemania tiene que morir, para que
podamos vivir,*

*Alemania tiene que morir, para que
podamos vivir,
Alemania tiene que morir, para que
podamos vivir.
El cielo es negro y roja la tierra,
Orgullosas (en realidad: de oro)
están las manos de aquellos cerdos
en el poder,
Pero el águila alemana pronto
sucumbirá,
Porque Alemania, te estamos
conduciendo a tu tumba»*

El colegiado constitucional determinó que dicha canción es arte. Lo desprendió tanto de una apreciación estrictamente formal – porque se cumplieron las exigencias genéricas del tipo de obra: composición y poesía – como de una definición de obra de arte más relacionada a su contenido.

El autor había utilizado una forma de lenguaje a través de la canción para transmitir sus experiencias e impresiones sobre determinados procesos, que

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 30, 173, 188 y 189.

podrían resumirse con el título de «circunstancias de vida amenazantes en Alemania». Por tanto, como una restricción valorativa del concepto de arte es incompatible con la amplia garantía de las libertades estipuladas en el artículo 5, párrafo 3, inciso 1 de la Ley Fundamental, sostuvo que no era factible una clasificación constitucional sobre la grandeza del arte poético⁸⁸.

7.6. Manifestaciones:

El arte puede ser expresado a través de diversas manifestaciones culturales. En este acápite se presentará de manera enunciativa algunas de ellas con la finalidad de ir identificando los conflictos constitucionales que el ejercicio de este derecho plantea.

7.6.1. La música:

Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó la presunta vulneración de la Primera Enmienda a través de una norma federal que regulaba la difusión del ruido en los conciertos, dejó establecido que la música era una de las más antiguas formas de expresión humana.

Además, bajo una perspectiva histórica, resaltó que desde el discurso de Platón en «La República» al Estado totalitario en nuestros días, los gobernantes habían conocido su capacidad de apelar al intelecto y a las emociones que transmite la música para censurar aquellas composiciones que no sirvan a los intereses del Estado; lo que demuestra entonces que la música es una forma de expresión y comunicación que sí está protegida por la Primera Enmienda⁸⁹.

Para David MUNKITTRICK la protección de las expresiones musicales en la Primera Enmienda no puede limitarse a las nociones de discurso político, sino que debe equipararse con el discurso político, ya que se basa en el conocimiento que impregna a las sociedades, grupos e individuos de numerosos estamentos⁹⁰.

⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 581, 00, 18, del 03 de noviembre de 2000.

⁸⁹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

⁹⁰ MUNKITTRICK, David. «Music as Speech: A First Amendment Category unto itself». *En: Federal Communications Law Journal*. Vol. 62, 2010, p. 684.

De esta manera, la música se erige como una expresión de arte que permite transmitir mensajes lingüísticos y no lingüísticos, entre los cuales se encuentran las reflexiones, críticas, sentimientos, emociones, etc. No hay duda, pues, del alto significado que cobra para la sociedad la libre difusión de estas singulares manifestaciones.

7.6.2. La pintura:

La pintura no es una simple proyección colorida de la realidad del artista, por cuanto representa una expresión crítica de su pensamiento sobre la visión que tiene del mundo y la sociedad. Por ello constituye una forma de encauzar la libertad de expresión artística o, si se quiere decir, una modalidad artística de la libre expresión.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado respecto a la protección de las pinturas. Específicamente, en el caso del artista Hak-Chul Shin, cuya obra pictórica «Siembra del arroz (Monaeki)» había sido confiscada por las autoridades coreanas debido a razones de seguridad nacional, señaló lo siguiente: «[L]a cuestión del cuadro pintado corresponde plenamente al ámbito del derecho a la libertad de expresión amparado por el párrafo 2 del artículo 19 [del PIDCP]; [pues se] recuerda que esta disposición se refiere específicamente a las ideas que se difunden “en forma artística”. Aun cuando el quebrantamiento del derecho del autor a la libertad de expresión, mediante la confiscación del cuadro y su condena por un delito penal, se hizo en aplicación de la Ley, el Comité observa que el Estado parte debe demostrar la necesidad de estas medidas para alguno de los propósitos enumerados en el párrafo 3 del artículo 19. En consecuencia, toda restricción de ese derecho debe justificarse.»⁹¹

También la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia de norteamérica ha reconocido que al igual que el enunciado oral o la palabra impresa, las

⁹¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York y Ginebra: Vol. 8, períodos de sesiones 75° a 84° (julio de 2002 – julio de 2005), p. 170.

imágenes, pinturas, dibujos y grabados gozan de amparo constitucional en la Primera Enmienda⁹².

Por su parte, el TEDH⁹³ conoció el caso de una exposición de pinturas que fue cuestionada por mostrar obscenidades entre personas vinculadas al fuero eclesiástico y, en consecuencia, atentar contra los derechos a la libertad de religión y de culto de las personas.

En dicha oportunidad, la Corte de Estrasburgo estableció que estas formas de expresión son parte de la libertad de expresión contenida en el artículo 10° de la CEDH. Asimismo, indicó que los que crean, ejecutan, distribuyen o exhiben sus obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que son importantes para una sociedad democrática, sin importar la naturaleza de estas.

7.6.3. La cinematografía:

La cinematografía está garantizada bajo el derecho a la libertad de expresión artística, que considera como objeto de protección a toda aquella manifestación de arte destinada a la difusión del pensamiento.

En el caso *Olmedo Bustos vs. Chile*, la CORTE IDH no analizó con mayor detalle la naturaleza de esta manifestación artística, empero concluyó que la prohibición de la película «La Última Tentación de Cristo» constituyó una censura previa que afectó la libertad de expresión regulada en la CADH⁹⁴.

En Estados Unidos, a la Corte Suprema⁹⁵ le cupo el deber de analizar la constitucionalidad de una ordenanza que, a través de un grupo de especialistas encargados de la clasificación cinematográfica, restringió la exhibición de una película por presentar contenidos relacionados con la promiscuidad sexual. El caso revistió de un estudio interesante, pues discutía la posibilidad de normar la difusión de las expresiones del séptimo arte, supuesto en el cual el Tribunal Supremo precisó que las imágenes en

⁹² CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Kaplan v. California* 413 U.S. 115 (1973).

⁹³ TEDH. *Case Müller y otros v. Suiza*, 24 de mayo de 1988.

⁹⁴ CORTE IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia del 05 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 71.

⁹⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

movimiento (películas) también gozaban de protección por la Primera Enmienda y cuya regulación no podía ser elaborada en base a criterios ambiguos y términos absolutos a favor de una Junta de Clasificación.

7.6.4. Espectáculos taurinos:

En Colombia, una empresa había demandado a una entidad pública por terminar anticipadamente el contrato que le permitía usar la Plaza de Toros para realizar espectáculos taurinos. Alegó que dicha decisión vulneraba – *inter alia* – su derecho a la libertad de expresión artística⁹⁶.

La Corte Constitucional, aparte de clasificar las modalidades que tiene el espectáculo taurino, señaló que al predicar como atributo propio su condición de expresión cultural, se estaba reconociendo a la tauromaquia como una forma de «arte». En consecuencia, siendo la actividad taurina una forma de expresión artística, también significa una manifestación de la diversidad y el pluralismo de la sociedad, tal y como ha sido reconocida a lo largo de la historia de los pueblos iberoamericanos⁹⁷.

7.6.5. Caricaturas:

El Tribunal Constitucional de Alemania emitió sentencia en el caso de unas caricaturas publicadas en una conocida revista de la región. En ese boletín, el autor presentó los dibujos de dos cerdos teniendo relaciones sexuales, identificados como una autoridad política y un funcionario judicial.

En sus argumentos, el Tribunal Constitucional manifestó que la caricatura se encuentra dentro del ámbito de protección de la libertad artística y que tanto esta como la sátira tienen una característica esencial: las exageraciones, desfiguraciones, distorsiones y alienación del objeto (persona o cosa)⁹⁸.

Por otro lado, es importante destacar que para el Tribunal Constitucional español las caricaturas también son manifestaciones artísticas que

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-296/13, del 22 de mayo de 2013.

⁹⁷ *Ídem.*, fundamento 8.3.1.

⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 75, 369, 377, 378 y 379.

contribuyen a la formación de una opinión pública y por tanto deben ser protegidas bajo la libertad de expresión: «La caricatura constituye, desde hace siglos, una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto que elemento de participación y control político, resultan inescindibles de todo sistema democrático, y coadyuvan a la formación y existencia de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático»⁹⁹.

7.6.6. Danza:

El baile pasa de ser la suma de movimientos anatómicos para convertirse en un verdadero lenguaje corporal que sirve como herramienta de comunicación entre las personas. En norteamérica, por ejemplo, el Tribunal Supremo evaluó si la regulación del baile desnudo en establecimientos dedicados al expendio de alcohol era contrario a la Primera Enmienda y por ende, inconstitucional¹⁰⁰.

Para la corte, la danza, como entretenimiento, encarna inherentemente la expresión y comunicación de ideas y emociones, por lo que la fijación del Estado en la desnudez o la naturaleza no atractiva del baile poco importa, pues no elimina la capa parcial de protección conferida por la Constitución de los Estados Unidos. Lo anterior implica que la desnudez del baile en una cantina, aunque colisione con un sistema de valores personales, encierra una comunicación y sensibilidad diferente de los demás tipos de bailes clásicos o populares.

7.6.7. Obra teatral:

La representación teatral puede ser utilizada como un mecanismo para expresar determinadas ideas, opiniones o críticas. Así, con la participación

⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 23/2010, del 27 de abril de 2010, fundamento jurídico 5.

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Miller v. Civil City of South Bend*, 904, F2d, 1081 (1990).

de determinados personajes, el artista puede escenificar y exponer su pensamiento ante el público de una manera gráfica y bien elaborada.

Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán¹⁰¹ examinó si una obra de teatro de carácter satírica había vulnerado o no el derecho a la libertad de expresión de un actor político que se sintió ofendido con las imputaciones que se le propalaron.

En aquella ocasión el colegiado constitucional resaltó que la presentación en forma de teatro, con actores en escena (enmascarados y disfrazados), calificaba como una forma clásica de expresión artística. Por tanto, tenía que ser estudiada a la luz de las disposiciones constitucionales vinculadas con el arte.

7.6.8. Otras manifestaciones artísticas: El criterio de la indeterminación

La casuística expuesta *ut supra* no es más que una breve referencia sobre algunas de las manifestaciones artísticas que han sido abordadas por diferentes tribunales de justicia. Desde luego, se trata de un recuento meramente enunciativo y no restrictivo, por cuanto las expresiones artísticas constituyen un *numerus apertus*, que se generan justamente por la imaginación y creatividad del ser humano.

En ese sentido, cabe mencionar que una de las características que definen al arte lo constituye precisamente su indeterminación. Por ello, no puede predicarse una protección limitada en cuanto a la cantidad de manifestaciones que comprende el ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística.

En todo caso, corresponderá al operador jurídico descubrir qué tipo de situaciones deben ser amparadas bajo este derecho constitucional, pues así como existen formas clásicas o tradicionales de comunicación (oral o escrita), también tenemos aquellas que no lo son, como la expresión artística, que alberga a su vez ciertas modalidades más conocidas (el uso de

¹⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 67, 213 [Der Anachronistische Zug], del 17 de julio de 1984.

animales en la tauromaquia es solo uno de los tantos ejemplos¹⁰² y otras, que vendrán apareciendo con el desarrollo del intelecto o el avance paulatino de las tecnologías¹⁰³.

7.7. Libertad de expresión artística: ¿Existe un derecho a la irreverencia?

El término irreverente sugiere la idea de una acción que no se identifica con el conservadurismo, sino más bien con concepciones ofensivas, revolucionarias y heterodoxas. La RAE define lo irreverente como aquello contrario al respeto debido¹⁰⁴, con lo cual permitiría explicar por qué en el mundo artístico muchas veces las creaciones no se condicen con los parámetros socialmente aceptados; por el contrario, se elaboran y expresan objetos que – en rigor – resultan ser calificados como hirientes, denigrantes o reprochables para un grupo de personas afines y bajo un contexto determinado. ¿Esto es arte? Podríamos cuestionarnos si, por ejemplo, tenemos a la vista una pintura que retrata a determinadas autoridades religiosas como animales o escuchamos la letra de una canción que glorifica el sometimiento sexual de una mujer hacia el hombre.

En efecto, determinar si algo puede ser llamado arte no es un tema pacífico¹⁰⁵, pues a través de la historia son varios los casos en los cuales inicialmente se prohibieron ciertas publicaciones y/o exhibiciones por considerarlas nocivas a la moral, pero luego – en otro horizonte temporal – han merecido un valioso reconocimiento

¹⁰² DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Libertad artística y espectáculos taurino-operísticos». *Óp. Cit.*, p. 96. El autor señala los casos del griego *Jannis Kounellis* que empleaba papagayos; en Francia, *Marcel Broodthaers* que complementaba su escultura con un loro; en Alemana, *Singlinda Kallnbach* que decapitaba una gallina en sus funciones teatrales; en EE.UU., con *Eduardo Kai*, y el invento de su arte transgénico con la manipulación de conejos albinos que se volvían color verde fluorescente; o en el caso del arte británico contemporáneo, cuyo representante – *Damien Hirst*, premiado en 1995 con el premio *Turner* – trabajaba sus obras con cadáveres de diversos animales – peces, tiburones, cerdos, corderos, mariposas, etc. – en estado de putrefacción, disecados, seccionados, laminados y/o florando en estanques de formaldehído.

¹⁰³ *Kirby v. Sega of America Inc.*, 144 Cal. App., 4th, 47 (2006). En este caso, la Corte de Apelaciones de California determinó que los videojuegos son expresiones artísticas protegidas por la Primera Enmienda. *Vid.* CAVERO SAFRA, Enrique. «El right of publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento». *En: Revista IUS ET VERITAS*. Lima: Vol. 22, Núm. 44, 2012, pp. 212 – 223.

¹⁰⁴ Ver: <<http://dle.rae.es/?id=M9MEzEy>> Consulta: 25 de junio de 2016.

¹⁰⁵ El magistrado Vergara Gotelli emitió un Fundamento de Voto en la sentencia del Expediente N° 00017-2010-PI/TC, en el cual reconsideró su posición jurídica sobre la tauromaquia: «5. Este Colegiado ya anteriormente expresó que los espectáculos taurinos no constituían manifestaciones culturales (Expediente N° 00042-2004-PI/TC fundamento 29). No obstante ello este Colegiado vuelve a tener la controversia de definir si los espectáculos taurinos son expresiones culturales o no, debiéndose tener en cuenta además, que son otros los jueces constitucionales que conforman el pleno. En tal oportunidad suscribí la expresión antes señalada, pero en el presente caso considero necesario reconsiderar nuestra posición a efectos de no mantener una afirmación que puede ser errada por cuanto la definición de no cultural solo estuvo vinculada al aspecto impositivo del tema».

internacional. Tal es el caso de la novela «*Madame Bovary*» de Gustave Flaubert, publicada en 1857, que fue vetada en Francia porque justamente la burguesía de la época la catalogaba como una historia moralmente ofensiva y de pobre contenido artístico. No obstante, hoy en día, el finado escritor es reconocido por sus grandes contribuciones al género realista de la literatura universal.

La proyección de imágenes – estáticas o en movimiento – que distorsionan, discrepan o rechazan las tradicionales convicciones culturales, religiosas, morales, etc. de una sociedad, son elementos suficientes para plantearse serias dudas sobre el amparo a este derecho; más aún si su difusión tiende a provocar y agitar a las personas. Robert POST¹⁰⁶ nos grafica ello a partir de las repercusiones que se generaron a partir de las «Caricaturas de Mahoma», publicadas por el diario danés *Jyllands-Posten* en el año 2005. Él señaló que el hecho de mostrar al profeta árabe con símbolos islámicos, con un turbante en forma de bomba y enfrentando a una larga línea de terroristas suicidas, había causado disturbios en todo el mundo y unas consecuencias sumamente espeluznantes: la muerte de 139 personas, ofrecimientos de pagos para matar a los humoristas, el cierre de los diarios, despidos y encarcelamiento de los editores, etc.

Estos sucesos tuvieron un gran impacto a nivel internacional, pues diversos pensadores y literatos, preocupados por lo ocurrido, se mostraron más cautos al momento de expresar sus opiniones mediante el arte. Inclusive, Mario VARGAS LLOSA, en un artículo para el diario español *El País*, reflexionó sobre la probable desaparición del derecho a la irreverencia que garantiza toda libertad de expresión artística: «¿Puede llegar a ocurrir lo mismo algún día en la Europa de Voltaire, la de las luces, la que instauró como un principio básico de la civilización el derecho de crítica, de irreverencia, no sólo ante los gobiernos; también ante los dioses, la libertad de expresión y la convivencia de diversos credos, costumbres e ideas en una sociedad abierta? Vale la pena preguntárselo, porque, a raíz del escándalo de las viñetas blasfemas, una buena parte de la Europa que disfruta de esa cultura de la libertad ha mostrado una prudencia o desgano en la defensa de lo

¹⁰⁶ Cfr. POST, Robert. «Religión y Libertad de Expresión: retratos de Mahoma». En: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires: Vol. 6, Único Número, Noviembre, 2005, pp. 1 – 2. Consulta: 20 de junio de 2016. <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2939&id_item_menu=5858>

mejor que tiene y que ha legado al mundo, que parecería que el poder de intimidación del extremismo islamista comienza también a tener efectos estupefacientes en el corazón mismo de la cuna de la democracia»¹⁰⁷.

Nadie puede ser indiferente a los efectos que han de suscitarse como consecuencia del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística, sin embargo no por ello debería ser defenestrado dentro del catálogo de derechos humanos. Lo que se necesita es brindarle una concepción que fortalezca su autonomía – pero no su absolutez – en relación a la libertad de expresión y que no se pierda en una mera homologación o silenciamiento de derechos.

Por eso consideramos que por la naturaleza de la libertad de expresión en forma artística, la irreverencia debe ser entendida como un derecho implícito y consustancial a aquella, por cuanto permite custodiar de manera adecuada la creación, difusión y/o exhibición de las ideas políticas – o no políticas – que el artista impregna en sus obras, pero sobre todo esos pensamientos abstractos, revolucionarios, contra sistema y altamente críticos que ejercen un control social y, al mismo tiempo, buscan cambios culturales en las ideologías o convicciones predominantes de la sociedad. Esa es la función que cumple el arte y el verdadero sentido de las expresiones artísticas en nuestro Estado Constitucional, que privilegia la dimensión cultural del ser humano como ente reformador y crítico de su entorno. Por eso no resulta correcto desde el punto de vista constitucional asumir como válidas las restricciones vinculadas a patrones morales, porque ello supondría vaciar de contenido el ingenio y creatividad del artista, imponiéndole cotos vedados en la expresión de su arte.

En esa misma línea, la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sostuvo que el uso de la sátira irreverente, la información o ideas que ofenden, conmocionan o perturban, así como las críticas a la religión están protegidas como parte de la libertad de expresión contenida en el artículo 10° del CEDH, en tanto exigencias

¹⁰⁷ VARGAS LLOSA, Mario. *El derecho a la irreverencia*. España: Publicado en el diario «El País», el 12 de febrero de 2006.

del pluralismo y la tolerancia propias de una sociedad democrática¹⁰⁸. Todo esto a raíz del ataque perpetrado por fundamentalistas religiosos contra la revista «Charlie Hebdo» en el año 2015.

A nivel jurisprudencial, conviene recordar el caso *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*¹⁰⁹, en donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos evaluó si el contenido de una película era contraria a una ley que censuraba el sacrilegio. El alto tribunal, en sus argumentos, dejó establecido que ninguna religión podría servir de límite a la libertad de expresión, puesto que reconocer la constitucionalidad de dicha norma equivaldría a favorecer a una religión sobre otras, o callar las expresiones de los sentimientos sagrados impopulares por una minoría religiosa. Por tanto, estimó que el Estado no tenía legítimo interés para la protección de puntos de vista desagradables de cualquiera o todas las religiones y que no podía reprimir ataques reales o imaginarios de una doctrina religiosa en particular, ya sea que aparezcan en publicaciones, discursos o imágenes en movimiento (arte).

El caso propuesto permite comprender que dentro de los conflictos entre las prácticas artísticas y las creencias religiosas existe un margen alto de tolerancia frente a la blasfemia, el cual no es otra cosa que una modalidad del derecho a la irreverencia que posee el artista cuando hace uso de su derecho a la expresión artística en el ámbito religioso. Cabe resaltar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que en el plano internacional se puede hablar de un derecho humano a la blasfemia¹¹⁰, considerando que prohibir la falta de respeto sobre una religión u otro credo, como acaece con las leyes contra la blasfemia, es incompatible con el PIDCP, excepto cuando se refiere a las apologías al odio

¹⁰⁸ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA. Resolución N° 2031, del 27 de enero de 2015, titulada «Ataques terroristas en París: juntos para una respuesta democrática». Consulta: 14 de setiembre de 2018. <<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21444&lang=en>>

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* 343 U.S. 495 (1952).

¹¹⁰ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Observación General N° 34*. Ginebra: 102° período de sesiones, CCPR/C/GC/34, del 11 a 29 de julio de 2011, p. 13. «48. La prohibición de las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias, incluidas las leyes sobre la blasfemia, es incompatible con el Pacto, excepto en las circunstancias previstas explícitamente en el párrafo 2 de su artículo 20. Estas prohibiciones deben ajustarse además a las condiciones estrictas del párrafo 3 del artículo 19, así como a los artículos 2, 5, 17, 18 y 26. Por ejemplo, no sería admisible que esas leyes discriminasen en favor o en contra de uno o varias religiones o sistemas de creencias, o en favor o en contra de sus seguidores, o bien en favor de los creyentes de una determinada religión con respecto a los no creyentes. Tampoco sería admisible que estas prohibiciones se utilizaran para impedir o sancionar las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma».

nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Finalmente, es importante tomar en cuenta que todo producto artístico surge bajo un determinado marco cultural donde se conjugan diversas relaciones sociales, psíquicas y naturales. Por ello, los productos culturales pueden tender hacia la regulación (mantenimiento del *statu quo* desde perspectivas cerradas al cambio y la transformación del orden de relaciones dominante) o hacia la emancipación (interacción dinámica con el entorno de relaciones desde el que surgen tales productos, propiciando aperturas al cambio y la transformación)¹¹¹. Es ésta última tendencia, el punto de partida para un mejor entendimiento sobre la irreverencia que fluye de la libertad de expresión artística, en donde el rol del Estado es fundamental, pues así como debe garantizar su defensa mediante acciones negativas para favorecer su ejercicio, también le asiste la obligación de tutela como derecho prestacional. No olvidemos que una de las obligaciones del Estado reside precisamente en propiciar el acceso a la cultura y fomentar su desarrollo y difusión, fortaleciendo niveles de educación que promuevan conocimientos en materia artística para alcanzar una sociedad democrática, pluralista y tolerante.

8. LÍMITES:

La Relatoría Especial sobre los Derechos Culturales de las Naciones Unidas¹¹² señaló que con arreglo al artículo 19º del PIDCP, el derecho a la libertad de expresión en forma artística puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deben estar establecidas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En tal sentido, los Estados tienen el reto de garantizar el ejercicio pleno de las libertades artísticas y recurrir a limitaciones solo cuando sea absolutamente necesario,

¹¹¹ Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Edit. Catarata, 2005, pp. 121 – 122.

¹¹² Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*. A/HRC/23/24, del 14 de marzo de 2013, p 7.

debiendo tener en cuenta que no podrán establecer determinadas concepciones particulares a las que le dará protección oficial¹¹³.

Por tal razón, el tema de los límites a la libertad de expresión artística, de acuerdo a la tesis que postulamos, no debería obedecer puramente a los provenientes de la libertad de expresión, sino que necesita de ciertos matices brindados desde la base de un Estado Constitucional de la Cultura. Sin embargo, toda vez que estos serán analizados en el siguiente capítulo, únicamente nos limitaremos a introducir el debate mediante el desarrollo de algunos casos propuestos para tener un conocimiento general del tema.

8.1. La dignidad:

En el modelo alemán, específicamente con la mencionada sentencia del caso *Mephisto* emitida por el Tribunal Constitucional¹¹⁴, se sostuvo que el arte tiene un carácter autónomo y se rige en base a sus propias leyes, por lo que al ser una *lex specialis* no podrían aplicársele por analogía las limitaciones provenientes de la *lex generalis* a la libertad de expresión, más aun si éstos derechos son regulados de manera independiente en la Constitución (artículo 5.3 y 5.1 de la Ley Fundamental, respectivamente).

Por consiguiente, se descarta que la libertad artística quede restringida por los derechos de otros, el orden constitucional y las buenas costumbres, porque la subsidiariedad del libre desarrollo de la personalidad es incompatible cuando se trata de acortar el ejercicio individual en las esferas de vida protegidas mediante derechos fundamentales especiales. No obstante ello, la corte no considera que tal derecho sea garantizado absolutamente, pues su ejercicio se encuentra inmerso en el orden de valores de la Ley Fundamental, el mismo que sitúa a la dignidad de la persona como un imperativo protegido por el Estado y que servirá para resolver la casuística mediante la interpretación constitucional.

¹¹³ *Ídem*, p. 8.

¹¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 30, 173, 193 – 195. Cfr. ROCA, María. «Régimen jurídico del derecho a la libertad de expresión en Alemania». En: *La Libertad de Expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*. Madrid: Edit. Fundación Wolters Kluwer, 2014, p. 239 -241.

Del mismo modo, en el caso *Deutsche Telekom AG (2005)*¹¹⁵ se discutió sobre un fotomontaje que se le hizo al ex Presidente del Consejo de Administración de una empresa de telecomunicaciones que apareció sentado en un símbolo de la entidad que se iba desmoronando. Esta imagen fue publicada en el catálogo de una revista y muestra su cabeza colocada en otro cuerpo, y cuyos rasgos faciales fueron manipulados, especialmente en las dimensiones de su cara, barbilla, color de piel y parte del cuello.

Luego de evaluar la imagen fotográfica en su conjunto – y no solo del demandante –, la corte llegó a la conclusión que la manipulación gráfica del accionante era innecesaria para demostrar el mensaje satírico. En efecto, no se trataba de una caricatura ni de un ambiente de ficción, porque la faz del demandante era real e identificable, pero técnicamente distorsionado con un impacto al receptor y develado al público sin su consentimiento. Ergo, declaró que dicha actuación configuró la vulneración al derecho a la personalidad y a la dignidad.

8.2. La moral pública:

No es finalidad de este trabajo desarrollar los alcances sociológicos o filosóficos de la moral, sino mostrar cómo – a través de casos concretos – la praxis judicial va dotando de contenido a este postulado como punto límite a la libertad de expresión artística.

8.2.1. La relatividad de lo moral:

Las autoridades de Colombia habían ordenado descolgar diferentes pinturas de una sala de exposiciones por su contenido pornográfico, alegando que eran contrarias a la moral predominante de la región y ofensivas para los niños y niñas que visitaban el lugar.

La Corte Constitucional al resolver el caso¹¹⁶ señaló que el derecho a difundir las obras artísticas encuentra sus límites en el deber genérico que tiene toda persona a no abusar de sus derechos en detrimento de otros, lo

¹¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE, 1 BvR 240/04, del 14 de febrero de 2005.

¹¹⁶ Cfr. Sentencia T-104/96, acápite. 4.

cual puede apreciarse en el hecho de violentar los sentimientos o lo que los terceros consideran moral o estético.

Sin embargo, aun cuando la sentencia empleó argumentos vinculados con la moral para desvirtuar el ejercicio de la libertad artística, tomó en cuenta que al referirse a un concepto no absoluto – o dicho en otro modo, relativo – no resultaba factible estandarizar las percepciones individuales.

Por eso, en posición que compartimos con Héctor FAUNDEZ¹¹⁷, creemos que la moral pública debe valorarse en su justa medida, sin utilizarla como vehículo para imponer nuestros propios prejuicios o sentimientos.

8.2.2. Las creencias religiosas:

Han sido diversos los casos en los cuales se ha puesto en debate el grado de optimización de la libertad de expresión artística frente a los símbolos y deidades religiosas burlados en proyecciones cinematográficas e incluso en exposiciones de arte y caricaturas¹¹⁸. Básicamente se ha asociado a la libertad de religión con aquel dogma mayoritario para – a partir de allí – construir una moral social religiosa hegemónica que avasalla la actividad de los artistas, reduciéndola a un escenario más estrecho y menos tuitivo.

Al respecto, es menester recalcar que el concepto moral proviene de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas, por lo que las restricciones establecidas con la finalidad de protegerla no deben basarse en razones que se deriven exclusivamente de una tradición¹¹⁹. En estos casos sería peligroso anular el ejercicio de un derecho-libertad atendiendo a la concepción de una moral única, o si se quiere, mayoritaria, por cuanto ello supondría ignorar el pluralismo ideológico que reside en los grupos minoritarios.

¹¹⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *Óp. Cit.*, p. 599.

¹¹⁸ Solo por nombrar algunos ejemplos y que serán desarrolladas en el siguiente capítulo, tenemos: A nivel del TEDH, el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (1994) y *Wingrove v. The United Kingdom* (1996); en Colombia, la sentencia SU 626/15 (2015) y, en norteamérica el caso *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* (1952), *Hustler Magazine v. Falwell* (1988), entre otros.

¹¹⁹ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Comentario General N° 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18)*. Ginebra: 48° período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, del 27 de setiembre de 1993, párrafo. 8.

8.2.3. Los símbolos patrios:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana dictó una sentencia en la que convalidó la constitucionalidad del tipo penal denominado «ultrajes a los símbolos nacionales» establecido por el Código Penal Federal. De esta manera permitió procesar al poeta Sergio Hernández Witz Rodríguez por haber escrito el poema «Invitación (La Patria entre mierda)»¹²⁰, cuyo tenor se reproduce a continuación:

«Yo me seco el orín de la bandera de mi país, ese trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa, salvo tres colores y un águila que me producen un vómito nacionalista o tal vez un verso lopezvelardiano de cuya influencia estoy lejos, yo natural de esta tierra, me limpio el culo con la bandera y los invito a hacer lo mismo: verán a la patria entre la mierda de un poeta»

En este caso, los ministros de la corte argumentaron que una de las limitaciones a la libertad de expresión reside en los ataques a la moral, de conformidad con el artículo 6° de la Constitución de México. Por tanto, al tiempo de calificar la producción artística como un «pseudo-poema», resaltaron que el ultraje a los símbolos nacionales tiene un trasfondo moral de los actos imputados.

Esta sentencia, muy criticada en su momento, ha tenido un pronunciamiento contrario por su par colombiano¹²¹, declarando la inexecutable (inconstitucionalidad) del artículo 461° de la Ley 599 que expidió el Código Penal, el cual sancionaba económicamente al ultraje público contra la bandera, himno o escudo de Colombia; o el caso de la Corte Suprema de norteamérica¹²² cuando amparó que la quema de bandera se encontraba protegida por la Primera Enmienda, pues el

¹²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Primera Sala, amparo en revisión 2676/2003, del 05 de octubre de 2005.

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-575/09, del 26 de agosto de 2009.

¹²² CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989).

gobierno no podría prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentra contraria a sus convicciones.

8.2.4. La obscenidad:

Son varias las categorías que analiza el máximo Tribunal de Justicia norteamericano cuando habla de las expresiones artísticas de contenido sexual (obscenidad, pornografía e indecencia) que son protegidas bajo la Primera Enmienda de la Constitución.

Por ejemplo, en una de sus sentencias, examinó si cuadros y fotografías de desnudos así como poemas referidos al sexo, elaborados por un artista, estaban resguardados por el derecho a la libertad de expresión en los Estados Unidos¹²³.

Al respecto, la corte señaló que habrían ciertas expresiones bien definidas y estrechamente limitadas, cuya prevención y castigo nunca habrían planteado problemas constitucionales, y que incluirían lo lascivo y obsceno, pues no serían parte esencial de ninguna exposición de ideas, y tendrían tan escaso valor social como paso a la verdad, que cualquier beneficio derivado de ellas sería menos relevante que el interés social en el orden y la moralidad¹²⁴.

8.3. Salud pública:

La protección de la salud pública como límite a la libertad de expresión artística pone en manifiesto la preocupación por garantizar que el mensaje o producto difundido no atente contra el bienestar físico o psicológico de las personas.

Según los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del PIDCP¹²⁵, la salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros,

¹²³ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Kois v. Wisconsin* 408, U.S. 229 (1972)

¹²⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *Óp. Cit.*, p. 622.

¹²⁵ Instrumento internacional adoptado en Italia en 1984, párrafo 15.

las cuales deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados.

Esta limitación no es fácil de abordar, debido a la escasa casuística que se plantea en el plano judicial de las manifestaciones artísticas. Sin embargo, en el escenario fáctico es frecuente apreciar este tipo de situaciones. En el episodio 21 de la octava temporada de la serie animada norteamericana «*Family Guy*» (2009-2010) se discutió el tema de la permisibilidad del aborto con sus característicos comentarios satíricos. Como resultado de ello, y por el mensaje pernicioso que implicaba su difusión, la cadena Fox decidió no emitir más el episodio¹²⁶.

Lo mismo sucedió con las caricaturas infantiles «*Tiny Toons*», que mostraron en uno de sus capítulos de los años 1991 una parodia a los mensajes sobre el consumo del alcohol. La consecuencia inmediata de la proyección, propició que las cadenas de entretenimiento *Warnrer Bros*, *Nickleodeon* y *Cartoon Network* vetaran dicho capítulo.

En ese sentido, parece ser que la salud pública tiene un contrapeso mayor en relación a la libertad de expresión artística cuando se trata de analizar la prevalencia de los derechos en juego, sobre todo cuando se hace alusión a los mensajes relacionados con el consumo de sustancias tóxicas o dañinas para el organismo humano. En atención a este particular, resulta interesante señalar que la Corte Constitucional colombiana declaró la exequibilidad (constitucionalidad) del artículo 14° de la Ley N° 1335, que prohibía a toda persona natural o jurídica, de hecho o de derecho, promocionar productos de tabaco en radio, televisión, cine, medios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares¹²⁷.

Para este colegiado, a medida que la difusión del consumo de tabaco en sus diversas modalidades – incluidas las artísticas – incide en la decisión de compra

¹²⁶ Para obtener una mayor información se recomienda revisar el siguiente enlace electrónico: <http://verne.elpais.com/verne/2015/06/24/articulo/1435144122_652389.html?id_externo_rsoc=FB_CM_Verne> Consulta: el 03 de julio de 2016.

¹²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-830/10, del 20 de octubre de 2010, fundamento 17.

del consumidor, le daba al Estado la potestad de regularlo para garantizar la salud pública de la ciudadanía, sin que ello suponga la restricción a su derecho a la información o la libertad de empresa.

8.4. Seguridad nacional:

Héctor FAUNDEZ¹²⁸ ha señalado que en sentido escrito, por seguridad nacional puede entenderse la necesidad de preservar la existencia misma del Estado y de sus instituciones; en un sentido más amplio, la noción de seguridad nacional puede comprender todo lo que amenace la vida de la nación, así como la estructura fundamental de sus instituciones sociales.

La seguridad nacional, como límite al ejercicio de un derecho fundamental, es una categoría indeterminada o ambigua que en la historia ha sido usada por gobiernos autoritarios para poner en marcha una práctica sistemática contra la libertad artística, pues calificaba esas manifestaciones como revolucionarias, sediciosas o rebeldes.

En base al «Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile» de 1985, elaborado por la CIDH, el referido autor mexicano¹²⁹ señaló que durante la dictadura de Pinochet, el Consejo de Calificaciones Cinematográfica prohibió las películas no solamente referidas a hechos ocurridos en Chile e imputables al régimen, como «*Missing* (Desaparecido)», sino también películas como «Un Violinista en el Tejado» u «Holocausto», que a pesar de las gestiones realizadas por diversas instituciones judías, hicieron de Chile el único país americano en donde no podían ser exhibidas.

8.5. Orden público:

Los Principios de Siracusa¹³⁰ señalan que la expresión de orden público se puede definir como el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios en que ella se basa. Además, dispone que su

¹²⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *Óp. Cit.*, p. 529.

¹²⁹ *Ídem.*, p. 528.

¹³⁰ Párrafos 12 y 13.

interpretación se realiza en el contexto de la finalidad del derecho humano particular que se limite por este motivo.

En efecto, el resguardo del orden público, aun cuando presente similitud con la categoría de seguridad nacional, se diferencia en que aquella busca preservar el bien común al interno de la comunidad o la armonía entre diversos colectivos sociales que van más allá de las *figthing words*.

En el viejo continente, el gobierno de Austria evitó la exhibición de una película por considerarla ofensiva para la religión católica de la región de Tirol al mostrar imágenes satíricas con formas caricaturescas sobre el dogma católico¹³¹.

Al momento de evaluar el caso, el TEDH consideró que en dicha región existía una mayoritaria población cristiana de religión católica, por lo que en aras de hacer prevalecer el orden público religioso falló declarando que no se había producido una vulneración a la libertad de expresión artística prevista en la Convención.

9. APUNTES CONCLUSIVOS SOBRE EL CONTENIDO Y LÍMITES:

El repaso por la configuración de la libertad de expresión artística permite extraer conclusiones importantes: 1) El nivel de protección depende mucho del grado de valoración que le conceda el Estado a la cultura y al mundo de las artes; 2) La influencia política del sistema gubernamental juega un rol fundamental para permitir el pleno ejercicio del derecho, dado que su propia concepción ideológica muchas veces determina la legitimidad de las manifestaciones artísticas; 3) En la práctica, las restricciones a este derecho fundamental son las mismas que limitan a la libertad de expresión, pues no se advierte mayor desarrollo sobre la dimensión cultural que subyace en su reconocimiento; y, 4) El derecho a la irreverencia aún es un constructo idealista para la defensa de la libertad artística. Por ello, consideramos que la prédica de su contenido podría constituir también uno de los grandes desafíos para los Estados¹³².

El terreno fangoso por el que transita el derecho a la libertad de expresión artística no le permite tener presencia en un Estado constitucional y de cultura, por lo que dicha

¹³¹ TEDH. *Case Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 de setiembre de 1994.

¹³² Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*. *Óp. Cit.*, pp. 9 – 10.

situación hace necesario conocer sus debilidades para tener una mejor comprensión de su verdadera defensa. El significado polisémico de las manifestaciones artísticas debe ser asumido en la mayor amplitud posible y no restringirlas o limitarlas en base a las clásicas categorías que pertenecen a la libertad de expresión. Con mayor razón, si estas son conceptos indeterminados que pueden ser fácilmente manipulables para quienes tienen en su dominio cierto poder de decisión política, económica o social.



CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

En este capítulo se analizarán los alcances de la libertad de expresión artística a partir de los aportes jurisprudenciales que han sido desarrollados por distintos tribunales modélicos – como la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el TEDH – en los casos emblemáticos que tuvieron que conocer y resolver sobre la materia.

Es importante recalcar que – a juicio del autor – dichas experiencias comparadas ofrecen criterios interpretativos que pueden ser extraídos a la realidad nacional, razón por la cual el método de resolución empleado en la casuística no solo representa una alternativa de solución al conflicto, sino un enfoque de cómo se concibe el arte en el Estado Constitucional y cuál debe ser el radio de acción de los artistas.

1. COLOMBIA:

1.1. La libertad de expresión artística en la Constitución colombiana:

El elemento artístico en Colombia ha merecido un especial reconocimiento a nivel constitucional por la importancia que tiene en el desarrollo formativo de las personas y la sostenibilidad de una sociedad democráticamente organizada.

Por ello, es tutelado desde una perspectiva cultural, la cual implica el deber que tiene el Estado a contribuir en el proceso de educación y enseñanza de valores, conocimientos y pensamiento crítico para edificar una identidad nacional; así como desde una perspectiva comunicativa, permitiendo que el sujeto pueda transmitir sentimientos, emociones y la más soterrada forma de visionar la realidad, sin arquetipos ni prejuicios. Ambas dimensiones no son antagónicas sino complementarias, y permiten entender el significado de las artes y los peligros que ciertamente trae consigo expresarlas libremente en una sociedad virtualmente heterogénea.

Bajo esa concepción, la Corte Constitucional ha sostenido que el arte constituye una vía no tradicional – a diferencia de la oral o escrita – en la que toda persona puede

expresar sus ideas u opiniones, es decir, establece a la libertad de expresión como derecho-género y a la libertad de expresión artística como derecho-especie.

Asimismo, señaló que en virtud del artículo 85° de la Constitución, la libertad de expresión artística es un derecho fundamental de aplicación inmediata y tutelable, por tratarse de un medio para que la persona realice su potencial creativo, materializando el derecho al libre desarrollo de su personalidad, y cumpliendo con el deber estatal de promover y fomentar la cultura¹³³.

Como sostiene Eduardo CIFUENTES¹³⁴ – ex Presidente de la Corte Constitucional en 1999 –, la libertad de expresión, entre sus múltiples manifestaciones, se proyecta en el campo del arte, en el que la creatividad humana puede desplegarse apelando a los más diversos medios, formas y procedimientos. La protección a la libre expresión artística genéricamente se comprende en la formulación más general de la libertad de expresión contenida en el artículo 20° de la Constitución, pero, además, ha merecido una mención específica en su artículo 71°: «La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejercen estas actividades».

De esta manera, a guisa de ejemplo, puede decirse – *prima facie* – que la libertad de expresión artística ampara el derecho del artista urbano a realizar sus pintas de *graffiti* sobre murales públicos¹³⁵, el derecho del poeta a exteriorizar mediante su voz o sus palabras escritas los versos y elegías, el derecho del pintor a divulgar, exponer o vender sus cuadros, pinturas o bocetos así como del literato a presentar sus libros, el derecho del propietario del museo o de la plaza de exposiciones de ofrecer a sus visitantes aquellas manifestaciones concretas de la creatividad y del ingenio humano, el derecho de las personas naturales y jurídicas a desarrollar y

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-391/07, fundamento 2.5.

¹³⁴ Cfr. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. «La libertad de expresión en Colombia». En: *Ius Et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, vol. 6, Núm. 1, 2000, p. 197.

¹³⁵ Cfr. GAMA-CASTRO, M. y Freddy LEÓN-REYES. «Bogotá arte urbano o graffiti. Entre la ilegalidad y la forma artística de expresión». En: *Revista Arte, Individuo y Sociedad*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, vol. 28, N° 2, 2016, pp. 355 – 369.

materializar proyectos de promoción o divulgación de exposiciones o espectáculos musicales, teatrales o fotográficos, la obligación del Estado de asegurar medios suficientes para la actividad artística y cultural disponiendo de recintos que, en condiciones de igualdad, permitan a los artistas emprender sus exposiciones contemplativas, didácticas o informativas, y un derecho de todas las personas a conocer y apreciar las diferentes muestras artísticas en los escenarios previstos para ello, tal y como ocurre con los teatros, los museos o las plazas públicas¹³⁶.

1.2. Conflictos constitucionales en el ejercicio de la libertad de expresión artística:

Hablar del fenómeno artístico como parte del derecho a la libertad de expresión es cuando menos un tema polémico, pues como todo derecho fundamental, su ejercicio legítimo y protegido, eventualmente, puede colisionar con otros bienes jurídicos igualmente importantes para la sociedad, y merecen una respuesta concreta de quienes tienen el mandato de impartir justicia.

En la jurisprudencia de la corte existe un desarrollo interesante sobre el tratamiento jurídico de dicha libertad, consolidando una serie de criterios que comenzaron a enarbolarse desde su primer pronunciamiento en 1996 hasta la actualidad, y que fue complementándose con los aportes interpretativos provenientes de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el TEDH.

Además, siguiendo la doctrina alemana, la Corte Constitucional ha empleado en algunas ocasiones el juicio de proporcionalidad para resolver aquellos conflictos *iusfundamentales* entre la libertad de expresión artística y la moral, el orden público, la libertad de religión, la protección al menor, la educación, la intimidad, el buen nombre, etc.

Sobre el juicio de proporcionalidad, Carlos BERNAL¹³⁷ señala que se trata de una estructura que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, a fin de determinar cuál de ellos brindaría una mejor solución al caso

¹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU 626/15, fundamento 6.4.1.

¹³⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. «Estructura y límites de la ponderación». En: *Revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. España: Universidad de Alicante, N° 26, 2003, p. 227. Consulta: 15 de diciembre de 2016. <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf>

concreto. En consecuencia, con el objeto de arribar a dicha solución es menester esclarecer¹³⁸:

- 1) Si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional y si es adecuada para alcanzarlo.
- 2) Si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos gravosos para lograr el objetivo buscado.
- 3) Si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales – en una relación de costo – beneficio.

Sin perjuicio de ello, es pertinente resaltar que a la libertad de expresión artística se le ha reconocido como un derecho reforzado dentro del ordenamiento colombiano, lo que obliga a aplicar el juicio de proporcionalidad más estricto e intenso, pues no solo se enfrenta el juez constitucional a una limitación de derecho fundamental, sino a uno especialmente valioso para el sistema constitucional en sí mismo. Es decir, que el estudio de la disposición acusada, al momento de analizar los criterios mencionados arriba, debe tener en cuenta adicionalmente un conjunto de elementos de juicio que aseguran una valoración íntegra, completa, garante de esta libertad preferente¹³⁹.

1.3. El juicio de proporcionalidad colombiano y el modelo peruano:

El test de proporcionalidad peruano, siendo una fórmula resolutoria de conflictos para la protección de los derechos fundamentales ante intervenciones arbitrarias e injustificadas¹⁴⁰, está conformado por los siguientes presupuestos: 1) Juicio de idoneidad; 2) Juicio de necesidad; y, 3) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El primer paso, consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el

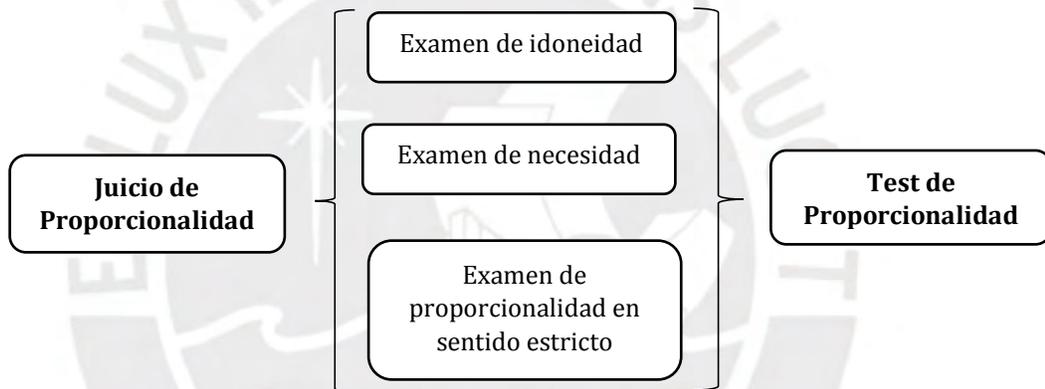
¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417/09, del 26 de junio de 2009, fundamento 118.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Cfr. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano». En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 345.

legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin¹⁴¹. En el segundo paso se analizará si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio¹⁴². Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental¹⁴³.

En efecto, nuestro modelo de proporcionalidad comparte el esquema de su par colombiano, ambos influidos por la corriente alemana de Robert ALEXY, en tanto se componen por los mismos presupuestos para determinar la constitucionalidad de la medida restrictiva y el derecho que debe permitirse ejercer:



El gráfico anterior sintetiza la compatibilidad de los modelos de ponderación empleados en cada uno de los sistemas, de tal manera que la idoneidad exige el análisis de finalidad y adecuación del medio lesivo, la necesidad permite evaluar la existencia de un medio alternativo inocuo y, la proporcionalidad en sentido estricto, la ponderación de las ventajas y desventajas en la satisfacción del derecho fundamental. Por tanto, bajo esa lectura, el lenguaje y algunos los conceptos utilizados en los siguientes casos se identifican con aquellos que nuestro TC ha desarrollado, lo que demuestra no solo la temprana preocupación por establecer

¹⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre de 2005, fundamento 38.

¹⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 579-2008-PA/TC, sentencia del 05 de junio de 2008, fundamento 25.

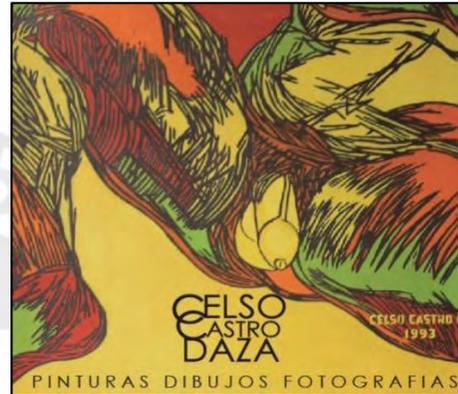
¹⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre de 2005, fundamento 40.

parámetros de regulación a la libertad de expresión artística, sino fundamentalmente sus esfuerzos por comprender el arte desde una mirada del Estado de Cultura.

1.4. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia:

1.4.1. Exposición de arte pornográfico¹⁴⁴:

El pintor y fotógrafo Celso Castro Daza recibió la autorización del Director del Instituto de Cultura y Turismo de Valledupar para exhibir sus obras de arte en la sala de dicho local. Sin embargo, cuando el Director observó los cuadros, ordenó que 15 de ellos sean descolgados por



considerarlos pornográficos, contrarios a la moral predominante en la región, carentes de valor artístico, y ofensivos para los niños, quienes se verían gravemente afectados debido a su inmadurez psicológica.

La Corte Constitucional de Colombia, al analizar el caso *in comento*, vinculó a la libertad de expresión artística con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al ser el arte un medio para desarrollar la faz creadora del ser humano; y el derecho a la identidad, por cuanto el Estado es el ente obligado a promover y fomentar la cultura.

Asimismo, de acuerdo a los hechos narrados en la demanda, estableció que no hubo afectación al ejercicio de la libertad artística en el plano interno (momento de la creación), sino que – como usualmente sucede – fue en el ámbito externo (momento de la difusión) donde se encontraron serios cuestionamientos al goce del derecho fundamental. No obstante, consideró que en este último ámbito ninguna autoridad pública o agente privado podría impedir la libre exhibición de las obras de arte por el simple hecho

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-104/96, del 08 de marzo de 1996.

de calificarlas de inmorales o antiestéticas, ya que ese comportamiento entrañaría una acción de censura.

En efecto, la corte sostuvo que cualquier idea – por muy enraizada que se encuentre en una sociedad o sea seguida por la mayoría de habitantes – no justifica la restricción al derecho a difundir las creaciones artísticas, *máxime* si se toma en cuenta la dimensión pluralista que se asienta en un Estado Constitucional.

Tampoco cabe que el Estado se personifique como un crítico de arte, decantándose por sus íntimas preferencias para decidir qué obras deben ser difundidas o aceptadas por la comunidad, antes bien deberá garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes deseen mostrar el producto de su creatividad, empleando únicamente criterios de selección objetiva como: 1) La calidad técnica y artística de la obra; y, 2) La finalidad que se busca con la publicación¹⁴⁵.

Sin perjuicio de ello, la corte recordó que toda vez que la difusión del arte no goza de una inmunidad absoluta, encuentra como contrapartida el deber genérico de no afectar los derechos de terceros, puesto que el ejercicio del derecho a la libertad artística puede llegar a enfrentar los sentimientos y convicciones religiosas, estéticas, políticas y morales de algunas personas. No obstante, aún en estas tensiones, señala que debe exigirse una actitud tolerante de los espectadores hacia los artistas. Inclusive, tratándose de los niños que observan esta clase de obras, el tribunal apostó por el deber de garantizarles un desarrollo integral, disponiendo que el Estado, en colaboración con los padres de familia, fomente una adecuada educación sexual en los menores, de manera que sean capaces de reaccionar en base a lo que van construyendo como moral y estéticamente aceptable, o en su defecto, que sean estos últimos quienes decidan si permiten o impiden que sus hijos contemplen las

¹⁴⁵ Nótese que la corte, a modo de ejemplo, indica que tales criterios podrían consistir en la promoción exclusiva de los artistas de una determinada región, la destinación de una galería a la difusión del arte escultórico no pictórico, fotográfico o de otra clase, la creación de una sala de conciertos para música de cámara y no sinfónica, música de vanguardia y no tradicional, entre otros.

manifestaciones artísticas consideradas contrarias a su escala familiar de valores. Por todo lo precedentemente descrito, la corte declaró fundada la tutela del artista ordenando a la demandada que no vuelva a incurrir en dichos actos y que, a futuro, se ciña fielmente al reglamento para brindar la autorización respectiva.

Esta sentencia constituye el primer pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional de Colombia sobre la materia, a través del cual desarrolló importantes aspectos que coadyuvan a una mejor lectura a los límites en el ejercicio de la libertad de expresión artística y, por ende, configurar el contenido constitucionalmente protegido del derecho mismo.

Aun cuando el tribunal no aborda con mayor profundidad la naturaleza relacional de la libertad fundamental en ciernes, señala que la expresión artística reposa en el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad. En el primero de ellos, consideramos que parte por reconocer que las expresiones artísticas son fruto de la libre actividad creativa del ser humano, ligada a la realización del propio proyecto de vida que posee el artista o la consecución de esos objetivos trascendentes en pleno disfrute de su libertad. Ahora, en cuanto a su vinculación con la identidad, se fortalece el carácter subjetivo que deriva del propio desarrollo y comportamiento personal (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)¹⁴⁶, habida cuenta que las manifestaciones de arte obedecen a una exteriorización de la cosmovisión interna del artista, que puede diferenciarse o adherirse a las múltiples concepciones de percibir su realidad.

Así, el Estado asume en este acto una posición neutral para permitir la coexistencia armónica de diferentes culturas, y no privilegia aquellas de fuste histórico o conciencia mayoritaria, porque debe reconocer y proteger el pluralismo ideológico así como anteponer a ello el principio de

¹⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 5829-2009-PA/TC, sentencia del 23 de setiembre de 2010, fundamento 2.

tolerancia, como reglas de convivencia pautadas por un espíritu de indulgencia social¹⁴⁷.

Bajo esa premisa, para autorizar la exhibición de las obras de arte en establecimientos públicos, el Estado simplemente debe emplear criterios objetivos de selección, absteniéndose en todo momento de calificar, prejuzgar o prohibir la divulgación de esos constructos ideológicos. De lo contrario, incurriría en una modalidad de censura previa en perjuicio de la libertad de expresión artística.

Finalmente, debe destacarse en este pronunciamiento el hecho que la corte encontró en las exposiciones de arte (expresiones artísticas) un elemento relevante para la formación educativa de los menores, en donde tanto Estado como padres de familia son los corresponsables de garantizar que su proceso de educación fluya de un modo objetivo, crítico y plural¹⁴⁸. Después de todo, conforme reza el texto constitucional colombiano, la educación – en todas sus etapas – debe promover el desarrollo no solo del conocimiento sino también de las artes, a fin de consolidar la creación de una identidad nacional.

1.4.2. El fotógrafo en emergencia¹⁴⁹:

El señor Naranjo Hernández se encontraba tomando fotos en el área urbana del municipio de Barbosa, cuando de pronto fue retenido por las autoridades y trasladado a una comandancia policial para informarle que por razones de seguridad (presencia de grupos armados en la zona) no podía ejercer dicha actividad.

La corte, además de considerar que la fotografía y la camarografía constituyen expresiones artísticas que proyectan ideas y pensamientos

¹⁴⁷ Cfr. WOLKMER, Carlos Antonio. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla: Editorial MAD S.L., 2006, pp. 155 – 159.

¹⁴⁸ Pablo Meix, en atención al caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca* del TEDH de 1976, sostiene que los padres no pueden oponerse a cualquier contenido o enseñanza que el Estado decida impartir, sino sólo (sic) a aquella enseñanza que no respete el deber de neutralidad porque no transmita conocimientos o ideas de un modo objetivo, crítico y plural. MEIX CERECEDA, Pablo. *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 92 -93.

¹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-235A/02, del 04 de abril de 2002.

reflejados a través de imágenes, sostuvo que la libertad de expresión – en un sentido amplio que vincula a las manifestaciones artísticas – puede ser limitada para asegurar los siguientes bienes: 1) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y, 2) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

Siguiendo esa misma argumentación, agregó que una restricción es conforme a la CADH si consiste en una forma de responsabilidad posterior, pues la censura previa se encuentra prohibida. Asimismo, debe tratarse de una causal que se encuentre previamente regulada en la ley, de manera clara y taxativa, y que sea necesaria para proteger los fines previstos por la propia Convención, entre ellos, el orden público¹⁵⁰.

En ese sentido, el tribunal sostuvo que la conservación del orden no implica *per se* una restricción abierta a los derechos, sino que requiere de un ejercicio razonable de las libertades y derechos fundamentales. De esta manera, cualquier restricción vaga o genérica se encuentra proscrita, pues para ello se necesita que la autoridad evalúe el supuesto fáctico a fin de determinar si la restricción de la libertad de expresión consistente en la toma de fotografías resulta adecuada, necesaria y proporcional para restablecer el orden interno.

Por tanto, señala la corte, prohibir o restringir que se elabore un retrato, que se tome una fotografía o que se haga un filme, por ejemplo, en un ámbito de esa naturaleza debe responder a necesidades suficientemente claras y razonables, por lo que a pesar de que en el caso concreto se haya invocado las atribuciones legales contenidas en el literal B) del artículo 91° de la Ley N° 136 que facultan al alcalde a adoptar medidas para resguardar el orden público – como restringir la libre circulación, decretar el toque de queda, limitar el consumo de bebidas alcohólicas y requerir auxilio de las fuerzas armadas –, no pudo acreditarse de forma precisa la causal normativa que permita legalmente afectar a la libertad de expresión artística en aras de proteger el orden público y menos, que dicha

¹⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-010/00, del 19 de enero de 2000.

restricción satisfaga criterios de razonabilidad y proporcionalidad en el acto lesivo. En consecuencia, se concedió la tutela a favor del artista y ordenaron al alcalde que en lo sucesivo se abstenga de prohibir o exigir autorización para quienes ejerzan la fotografía, en la medida que no exista anticipadamente disposición legal que lo habilite.

Esta sentencia reviste de una mención especial atendiendo a que el tribunal se encargó de analizar «la delimitación de los límites» a la libertad fundamental de expresión artística. Es decir, establecer los criterios aplicables al momento de emplear los conceptos indeterminados de orden público o seguridad nacional como restricciones al ejercicio de tal derecho, resaltando que no basta con invocarlos ampulosamente, sino que el supuesto de hecho lesivo debe estar configurado en una ley, con un texto claro y expreso, y que – además – responda al test de proporcionalidad, ya que el uso desproporcionado, irrazonable y atentatorio de derechos de terceros está prohibido en la Constitución y debe ser controlado por la administración¹⁵¹.

1.4.3. El Mañanero de La Mega¹⁵² :

En cumplimiento de un mandato judicial, el Ministerio de Comunicaciones decidió sancionar económicamente a Radio Cadena Nacional S.A. (RCN) por considerar que los conductores del programa «El Mañanero» de la emisora «La Mega», cuyo horario iba de lunes a viernes de 5:30 a.m. a 10:00 a.m., emplearon un lenguaje vulgar, soez, de contenido sexual explícito e indecente, en perjuicio de terceros y bajo un horario de protección al menor¹⁵³, con lo cual se tipificaba una infracción a las normas que rigen el servicio público de radiodifusión y el Código del Menor.

¹⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-268/00, del 07 de marzo de 2000.

¹⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-391/07, del 22 de mayo de 2007.

¹⁵³ A continuación se copia textualmente un fragmento de la sentencia que hace referencia al contenido difundido en las elocuciones de «El Mañanero de La Mega»: «...la virginidad después de los 15 es un desaseo, cochinas, mano de cochinas... la primera que muestre que está con hilo dental... la primera que le tire un brasier a Mauricio en la cara se gana las boletas... yo les voy a enseñar a todos, uno coge la vieja y la mira y le dice: mechas, mechas, la vieja qué? mechas una mamadita..., yo soy amante del porno, amante total, me declaro amante furibundo del porno, es mi única, es mi única afición..., o sea yo que odio los fanáticos a cualquier cosa, pero yo soy fanático del porno y de..., me llegó un artículo de las cosas que uno llega a creerse de verdad después de ver películas de porno, ...este es el mejor sexo por teléfono que tendrás, quédate en la línea para el mejor sexo por teléfono, el más caliente, el más sucio,

Sin embargo, frente a dicha sanción, RCN interpuso una acción de tutela contra el fallo que ordenaba al referido ministerio a proceder de esa manera, alegando la vulneración a su derecho fundamental a la igualdad y a la libertad de expresión.

Si bien los hechos del caso no evidencian una relación directa con la libertad de expresión artística, la corte desarrolla algunos argumentos relevantes sobre el tratamiento de resolución de conflictos aplicables al mundo de las artes, que conviene comentarlos con mayor detalle.

La corte empieza por manifestar que en mérito al principio de neutralidad estatal las expresiones soeces, groseras, vulgares, chocantes o escandalosas, se encuentran *prima facie* contenidas en la norma *iusfundamental* sobre libertad de expresión, razón por la cual ninguna autoridad está imbuida de determinar un patrón de «buen gusto», «decoro», «decente» o «estético» como parámetro de interpretación que privilegie un específico contenido de expresión, en el marco de una sociedad plural y democrática.

Empero, en el caso de menores de edad, como potenciales consumidores de materiales sexualmente explícitos (escritos, orales, visuales, gestuales, etc.), sí necesitan de una protección jurídica que cautele los posibles daños que se produzcan en el ejercicio autónomo de su libertad, su bienestar e interés superior, así como los derechos de sus padres en orientar su proceso de formación y desarrollo, según los criterios que han estimado conveniente. Por ello, analizando el contenido del programa «El Mañanero», la corte considera que las expresiones sexualmente explícitas

el mundo está lleno de promesas La Mega te pega al cielo, ...es en los colegios donde empieza mucho el jueguito... porque no nos llaman niñas de colegio y nos cuentan ese jueguito porque comienza... no estamos hablando de relaciones homosexuales porque bueno eso ya es otro rollo sino de las relaciones incidentales que suceden de repente, que suceden en plan de rumba y a lo mejor al otro día te despiertas y dices bueno bacano pero no sé yo no soy homosexual..., les quiero recordar que estamos entregando las 10 primeras boletas del concierto... a las 5 parejas de niñas que se acerquen a la calle 37 13^a-19 a la mega a nuestro estudio, a las mejores 5 parejas que se den un beso, llamen y cuéntenos... las mujeres que tienen ganas de besarse con otras mujeres, que ya lo han hecho, que lo hacen por amor, o por simple curiosidad, o por fiesta o por diversión o por lo que sea..., aquí no estamos diciendo que imiten a Madona estamos diciendo que se den un beso, ...no es un pico..., un beso en la boca un poco sensual un poco erótico...».

pueden ser interpretadas desde diferentes aristas, es decir desde una narración humorística (como podría ser un chiste) hasta pornográfica.

El contenido sexual de las expresiones (verbales, escritas, iconográficas o artísticas en general) debe apreciarse en función de algunos criterios como: 1) Las características de la misma expresión; 2) El lenguaje empleado; 3) El contexto del emisor; y, 4) El contexto del receptor. De tal manera que la apreciación conjunta de estos factores podrá coadyuvar al cabal entendimiento de la expresión vertida y el grado de afectación que pueda causar a terceros, pues – de forma genérica – resulta posible afirmar que tiene una valoración distinta el hecho de mostrar imágenes sobre los órganos sexuales, que emplear cierta denominación para nombrarlos; o, presentar cuerpos desnudos en una galería de arte ante un público afín, que recrearlos como un objeto netamente publicitario en un mercado de consumo.

Son estas particulares que, a juicio del tribunal, merecen una atención especial al momento de desentrañar el amparo y protección constitucional de los mensajes que subyacen a las manifestaciones artísticas y pueden impactar en la esfera íntima de terceros.

En la sentencia, la Corte Constitucional amparó la acción de tutela interpuesta por RCN a favor de los presentadores del programa «El Mañanero» de «La Mega», dejando que expresen sus opiniones y puntos de vista a su audiencia, empero – a su vez – le ordenó poner en marcha un proceso de autorregulación en virtud a la responsabilidad social que se enmarca en el ejercicio de su libertad de expresión, como medio de comunicación de alto impacto y cobertura extendida a menores de edad.

Con este pronunciamiento, el tribunal colombiano continuó con su línea jurisprudencial de rechazar que el Estado asuma cualquier preferencia ideológica frente a un determinado mensaje, aun cuando este resulte ser

nocivo para otro grupo de personas, tal y como acaece con las proyecciones artísticas¹⁵⁴.

La neutralidad es consustancial a la organicidad democrática y la funcionalidad pluralista del Estado, ya que no es el *quantum* lo que interesa cuando se refiere a democracia, en tanto gobierno de las mayorías, sino los valores democráticos que hacen posible la continuación de una democracia constitucional, en donde precisamente la mayoría no atropelle los derechos de una minoría¹⁵⁵. Incluso, en palabras de Manuel VILLARÁN¹⁵⁶ el triunfo del mayor número debe aceptarse como legítimo siempre que no pretenda ser absoluto y perpetuo, que quede la liza abierta y que la verdad – que tal vez pertenece a la minoría – tenga oportunidad de abrirse paso por medio de la libre discusión. Una mayoría que reduce a la minoría al silencio y la impotencia, que la despoja de su parte de influencia o la elimina, no es gobierno democrático. Es una de las tantas formas odiosas y nocivas de la violencia en el poder.

Por tanto, con la finalidad de armonizar los derechos en juego (por un lado, el de los menores y, por el otro la libertad de expresión de un medio de comunicación), consideramos que la corte se valió de aplicar la «regla del contexto»¹⁵⁷ al caso *sub examine* para establecer cuándo las expresiones *per se*, y dentro de ellas las artísticas, pueden ser legítimamente restringidas o limitadas, como sucede con aquellas de connotación sexual e irreverente. Asimismo, observó la tesis de la limitación razonable, de modo que sin vaciar de contenido los bienes constitucionales enfrentados

¹⁵⁴ Sobre este punto, compartimos la opinión vertida por la magistrada María Calle Correa, quien sostuvo que «(...) el arte no puede valorarse ni clasificarse en términos de su utilidad social ni de su importancia para promover valores constitucionales. La Constitución opera aquí, a lo sumo, para establecer por vía negativa límites a manifestaciones artísticas que claramente rebasen el ámbito de lo constitucionalmente permitido. Lo que no puede hacerse es utilizar la Constitución como parámetro para juzgar unas obras artísticas como dignas de encomio y otorgarles especial protección respecto de manifestaciones artísticas que, desde el punto de vista constitucional, sean irrelevantes o incluso críticas de dicho orden». Vid. Aclaración de Voto a la sentencia T-015/15, del 19 de enero de 2015.

¹⁵⁵ Cfr. PLANAS SILVA, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 29.

¹⁵⁶ VILLARÁN, Manuel Vicente. *Cuestiones generales sobre el Estado y el Gobierno*. Lima: s.n., 1923, p. 14.

¹⁵⁷ «154. Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron». CORTE IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 06 de febrero de 2001, reparaciones y costas.

se respete la libertad del artista a difundir el mensaje a través de sus ideas, pero con ciertas precauciones que deberán asumirlas dependiendo del público al que se dirija o expone su arte. Por este balance de argumentos, y dada la ausencia de regulación normativa específica sobre la problemática suscitada, si bien la corte amparó la tutela presentada por RCN, dispuso que se autorregule en base a su responsabilidad social y el impacto que eventualmente puede generar a una audiencia vulnerable como la infantil.

En definitiva, se trata de un avance parcial en relación al primer pronunciamiento, por cuanto la corte ya no se queda solo en la visión pluralista que debe imperar en un gobierno democrático, sino que – además – desarrolla algunos estándares interpretativos para permitir una coexistencia pacífica entre la libertad de expresión artística y otros derechos fundamentales; mientras que, en otra parte de la sentencia, ya se muestra más estricto cuando se trata de la difusión abierta de mensajes a los menores de edad como elemento fundante de una educación integral.

1.4.4. La corrida de toros¹⁵⁸:

La Corporación Taurina de Bogotá (CTB) presentó una acción de tutela contra la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Instituto Distrital de Recreación y Deporte (IDRD) por haber vulnerado su derecho a la libertad de expresión artística al resolver anticipadamente el contrato que le permitía usar la Plaza de Toros de Santa María para realizar sus espectáculos taurinos.

La corte mencionó que cuando la difusión del arte requiera de cierta infraestructura o participación de otro sujeto u objeto diferente al artista, se extenderá – por conexión – la libertad de expresión artística. Por ello, así como el artista tiene el derecho a difundir su obra, se concede al receptor el derecho correlativo a no recibirla o, a exigir mínimamente algunos presupuestos objetivos para la práctica del espectáculo (seguridad y capacidad de los escenarios, horarios de la proyección, preservación de la salud, entre otros).

¹⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-296/13, del 22 de mayo de 2013.

Asimismo, es necesario precisar que en esta sentencia se incluye a las expresiones artísticas en el bien jurídico de la cultura, y de esta forma la definición de que «algo» pueda ser valorado como una «expresión artística» pasará por un examen de



razonabilidad basado en criterios históricos, en donde se pueda evidenciar si ciertas prácticas se asientan en manifestaciones tradicionales, de raigambre social o se condicen con la identidad de una nación; tal y como sucedió en el presente caso, al manifestar que la tauromaquia fue reconocida a lo largo de la historia como una expresión artística y cultural de los pueblos iberoamericanos.

Esta sentencia es paradigmática porque permite apreciar las dimensiones del arte, no solo por cuenta propia del sujeto sino con el empleo de animales, lo que resulta peculiar debido a la inacabada capacidad creadora del ser humano para calificar sus temerarias acciones como artísticas.

No obstante, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, la práctica de la tauromaquia – como expresión artística – en tanto actividad cultural protegida, está sujeta a algunos límites: 1) La protección especial contra el sufrimiento y el dolor del animal; 2) Los espectáculos se realizarán en lugares donde dicha manifestación sea parte de una tradición regular, periódica e ininterrumpida; y, 3) Solo pueden desarrollarse en aquellas ocasiones donde usualmente eran autorizadas¹⁵⁹.

En ese sentido, se resalta que la tauromaquia al ser una expresión artística dentro de la diversidad cultural de Colombia no puede ser susceptible de censura, a pesar de las sensibilidades estéticas que tengan los demás o pretendan ser impuestos por una posición mayoritaria, pues para ello opta por una fórmula armónica que conjugue el fomento de una cultura ancestral y la morigeración del maltrato animal en esta clase de

¹⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-666/10, del 30 de agosto de 2010.

acontecimientos que vivifican la historia de todo un pueblo. En base a ello, la corte le dio la razón a la CTB y ordenó que se restituya de manera inmediata la Plaza de Toros de Santa María para la preservación de la cultura taurina.

La sentencia de la corte colombiana pone en debate el conflicto que se genera entre el amparo de las expresiones artísticas frente al deber constitucional de protección animal (esta última en relación al deber de protección del medio ambiente y la función social y ecológica de la propiedad). Aquí, el marco conceptual que sustenta la decisión del tribunal se ubica en la naturaleza prestacional del derecho a la libertad de expresión artística, que vincula al Estado con un rol promotor de las actividades artísticas y culturales¹⁶⁰.

La ponderación de los dos bienes en juego debe tomar en cuenta que las manifestaciones artísticas son parte de la cultura y contribuyen a la formación de una identidad nacional, por lo que el Estado se encuentra en la obligación de promover y fomentar que esas prácticas ancestrales sigan vigentes, bajo algunas anotaciones jurídicas que no supongan una omisión deliberada al cumplimiento de otras obligaciones estatales igualmente importantes.

Dicho esto, el tribunal continúa consolidando una doctrina jurisprudencial importante en el ámbito artístico, a través de la cual admite excepcionalmente el maltrato y/o sacrificio de un animal para preservar la diversidad y riqueza cultural, como por ejemplo en la tradicional «pelea de gallos» o aquellas derivadas en el ejercicio de la libertad religiosa¹⁶¹, invocando criterios de lugar y tiempo a fin de acreditar que una costumbre social puede formar parte de una manifestación artística y cultural y, en consecuencia, gozar de una presunción de constitucionalidad.

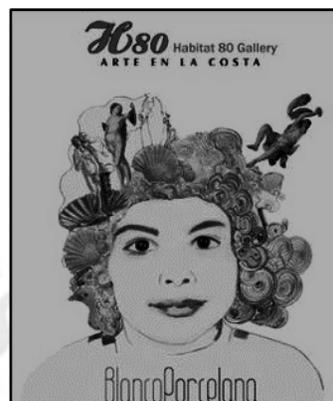
¹⁶⁰ Cfr. VALICENTI, Ezequiel Andrés. «La libertad de expresión artística como derecho fundamental». En: *Revista Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires (UBA), N° 94, año 2015, pp. 157 - 158.

¹⁶¹ La Corte citó la sentencia 104, 337, emitida por el Tribunal Constitucional alemán, en la cual se exceptuó el deber de protección animal a favor de un carnicero musulmán sunnita para que proceda a degollar animales mediante un ritual - estando estos plenamente conscientes (*Schächten*) -, argumentando que dicha práctica forma parte de su conciencia religiosa.

1.4.5. El racismo artístico¹⁶²:

Los familiares de Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar la habían demandado por vulnerar sus derechos a la intimidad y al buen nombre a través de la publicación que realizara en la red social Facebook y otras websites sobre el proyecto denominado «Blanco Porcelana»¹⁶³.

Dicho proyecto – que había ganado el premio «Portafolio de Estímulos 2011» en la categoría de «Creación y Circulación de Artes Plásticas» de la Secretaría Distrital de Cultura, Patrimonio y Turismo del Distrito de Barranquilla – era una obra autobiográfica construida con declaraciones, testimonios y entrevistas de sus familiares, así como



diversos dibujos, trabajos digitales, collages, videos, animaciones, etc., cuya difusión tenía por finalidad visibilizar el fenómeno del racismo encubierto y heredado, que se encuentra sutilmente en la cotidianidad de las familias y las sociedades latinoamericanas¹⁶⁴.

Por ello, al plantear una reflexión sobre el racismo, los familiares mostraron su disconformidad con la obra y con el hecho de que en la cartilla titulada «Un cuento de Ada-S» aparecían sus nombres y mostraban eventos familiares con fotografías no autorizadas, que los convertían en personas racistas a simple vista del espectador.

Esta sentencia constituye una versión consolidada y actual de la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de expresión artística en Colombia. Así, si bien reconoció que la libertad de expresión – en su dimensión más genérica – se ubica en un sitio importante para el

¹⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-015/15, del 19 de enero de 2015.

¹⁶³ Según los demandantes, «Blanco Porcelana» es el término acotado por las tías maternas de la artista para designar la blancura ideal de su abuela, con la que siguen siendo comparados los niños que nacían en la familia. Asimismo, destacan que en el relato se hace referencia a momentos íntimos de la familia, como la muerte de su madre y abuela, y de sus vidas personales, que de manera malintencionada las vinculan con actos de racismo a través de acciones de valoración del color y discriminación de sus hijos y parientes.

¹⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-015/15, fundamento 29.

fortalecimiento de un Estado Democrático, consideró que existen discursos que tienen una «protección reforzada» como aquellos que versan sobre asuntos de interés público o fluyen de las expresiones artísticas.

Por tanto, dada su singular posición en el ordenamiento, en caso de entrar en colisión con otros bienes fundamentales deberán tomarse ciertos criterios, como: 1) Toda expresión está amparada *prima facie* por el derecho a la libertad de expresión; 2) En principio, la libertad de expresión prevalece frente a otros derechos fundamentales; 3) Cualquier limitación a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe aplicarse un control constitucional estricto; y, 4) Todo acto de censura previa vulnera el derecho a la libertad de expresión, sin necesidad de prueba en contrario.

En efecto, al valorar los hechos del caso, la corte estimó que la obra de la demandada se encontraba protegida por la libertad de expresión artística, por cuanto había plasmado su ideal creador en base a diferentes objetos y técnicas para mostrarle al público un documental con un mensaje crítico sobre las prácticas y costumbres generacionales de un arquetipo social: La belleza de la piel blanca como rasgo discriminador entre las personas. De ahí que, su extensa protección constitucional no solo resida en el hecho de que se trate de un producto cuyo contenido goce de interés público (el racismo encubierto), sino principalmente de una manifestación artística.

Con la anotación anterior queda claro el rol que cumple la expresión artística de la demandada en el caso *sub examine*, por lo que a efectos de amparar su ejercicio por encima del derecho a la intimidad y el buen nombre, es necesario establecer bajo el siguiente test: 1) Si revela información sensible teniendo en cuenta el ámbito en que se origina y la naturaleza de los datos que se difunden; 2) Si la información fue obtenida sin autorización de los afectados, o valiéndose de maniobras engañosas u hostilidades; 3) Si la divulgación persigue un interés protegido constitucionalmente; y, 4) Si la información guarda conexión con la finalidad de la divulgación, en aras de determinar la necesidad de la misma.

La corte determinó que aun cuando en la obra existían datos personales pertenecientes al ámbito familiar, no se había podido identificar datos sensibles que hagan imperioso una protección especial (verbigracia: la preferencia sexual, credo ideológico o político, información genética, entre otros), sino episodios cotidianos socialmente aceptados. Además, concluyó que el documental de la demandada se vinculaba razonablemente con las vivencias de su familia debido a la naturaleza autobiográfica, en donde no consta evidencia de haber utilizado amenazas para recabar la información.

Asimismo, resaltó el valor artístico de la obra y el interés constitucionalmente protegido de difundir – a través de medios plásticos – una crítica social sobre el fenómeno del racismo de la familia colombiana y la necesidad de identificarla y denunciarla ante la visibilización de los hechos. En esa misma línea, tampoco se evidenció una afectación al buen nombre de los presuntos afectados, dado que el documental no les atribuía hechos falsos o que afecten su imagen, antes bien respondía a la emisión de opiniones, las cuales están exentas de toda prueba de veracidad.

Finalmente, luego de analizar la proporcionalidad de los derechos fundamentales en juego, resolvió denegar la acción de tutela y proteger la libertad de expresión artística de Ada Ariza, levantando las afectaciones, modificaciones y sustituciones decretadas en los fallos de primera y segunda instancia que restringían la difusión de la cartilla «Un cuento de Ada-S» del proyecto «Blanco Porcelana».

1.4.6. La exposición de arte religioso¹⁶⁵:

El señor Fernando Beltrán interpuso una acción de tutela contra el Museo Santa Clara y el Ministerio de Cultura, considerando que la exposición «Mujeres Ocultas», de la artista María Eugenia Trujillo Palacio, había vulnerado su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos.

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU 626/15, del 01 de octubre de 2015.

El actor sostiene que dicha exposición artística empleó objetos de la religión católica con sugestivas representaciones del cuerpo femenino, como por ejemplo los tabernáculos que custodian las hostias, acompañadas de vaginas, las cuales fueron denominadas por la artista como: «La golosa», «La chiquita», «La morena», «La destrozada», «La dulzona», «Alguien dentro del pecho erige Soledades», etc.



La corte al evaluar el caso, emitió una sentencia de unificación de criterios, sosteniendo que el arte, por ser un concepto bastante amplio y complejo que impide delimitar prístinamente su margen de acción y protección, necesita de una serie de parámetros orientadores para la resolución de un conflicto ante un caso concreto. En tal sentido, puntualizó lo siguiente: 1) La exclusión de una actividad como artística no puede depender únicamente de una decisión mayoritaria o de una defensa minoritaria; 2) La opinión de una comunidad de expertos, el reconocimiento hecho por el autor o por el público, así como la existencia de una tradición que indique que una expresión es considerada artística, constituye un referente imprescindible y, en esa medida – por ejemplo – los conceptos emitidos por los comités curatoriales de los museos deben ser siempre valorados; 3) El legislador, titular de la cláusula general de competencia, tiene una amplia facultad para reconocer las expresiones que constituyen una actividad artística o cultural y, en consecuencia, establecer para ellas un régimen jurídico; 4) La competencia del legislador no es absoluta, pues de ser ello quedaría librada a la discrecionalidad de las mayorías políticas dicho reconocimiento, propiciando por esa vía, la exclusión de determinadas

actividades de la protección constitucional del arte; y, 5) Excluir una expresión de creatividad o ingenio humano como actividad artística – cuando dicha condición se desprende de la aplicación de las reglas anteriores – solo será posible después de ser sometida a un juicio especialmente exigente que logre desvirtuar la presunción de cobertura¹⁶⁶.

De esta forma, el arte, si bien es otra modalidad más de expresión, debe apreciarse – a su vez – como una verdadera manifestación cultural, cuya relación (arte-cultura) exige al Estado adoptar acciones positivas como: i) el cumplimiento del deber de enseñar, para garantizar su conocimiento y aprehensión, ii) promover y fomentar su acceso y, iii) crear incentivos a fin de facilitar su libre práctica; así como, acciones negativas consistentes en abstenerse de interferir en la faceta de gestación y difusión artística. Esto último, es justamente aplicable en materia religiosa, en donde las convulsiones sociales exigen del Estado laico el respeto por el principio de neutralidad religiosa y un adecuado balance entre tales acciones, evitando favorecer o afectar directamente a una religión o iglesia.

Con toda esta protección reforzada, la corte consideró que si bien en el ejercicio de la libertad de religión se adscribe el deber de abstenerse a ejecutar actos que constituyan un agravio a los símbolos, objetos o sentimientos religiosos, dicha libertad no es ilimitada ni puede avasallar a aquellas otras libertades culturales como la artística.



En ese sentido, no encontró que la exposición «Mujeres Ocultas» se halle restringida por las categorías que limitan a la libertad de expresión, es decir que se trate de una propaganda de guerra, que verse sobre pornografía infantil o posea la intención de exacerbar el odio o la violencia religiosa, puesto que a pesar de causar molestias para algunos católicos, el mero disgusto social no logra acreditar una infracción

¹⁶⁶ *Ídem.*, fundamento 6.4.2.

a la libertad de religión. Por el contrario, es el artista quien dando vida a su capacidad creativa elaboró y construyó sus propios objetos de arte – sin sustraer o alterar los bienes del culto – para dotarle de un contenido autónomo y transmitir su mensaje crítico al público en un establecimiento exclusivamente creado para ese fin. Esto nuevamente pone en relieve la importancia de fortalecer el pluralismo ideológico y el principio de tolerancia en un Estado democrático.

Además, el acceso a las obras parte de la concurrencia voluntaria de los espectadores, en su deseo por conocer, apreciar o criticar la posición del artista y, en nada interfiere en la decisión de elegir, abandonar, cambiar o rechazar una doctrina de fe. Ello, en efecto, redundaría en el hecho que el Estado no se inmiscuye en la decisión de la persona ni ejecuta políticas para obligar a la ciudadanía a presenciar el arte.

Finalmente, respecto a la prohibición de la exposición artística, la corte realiza el test de proporcionalidad para determinar si ello afecta o no la libertad de expresión. En consecuencia, concluyó que siendo la restricción a la obra una medida idónea, pues pretende proteger la libertad religiosa de los demandantes, ella no es necesaria si se cuenta con la posibilidad de optar por el libre ingreso a la exposición, antes que preferir el veto absoluto. Incluso, acudiendo a la proporcionalidad estricta, resaltó que cercenar el deber de promoción de la actividad artística y cultural con la prohibición de las «Mujeres Ocultas» significaría una afectación especialmente grave que atentaría con el deber neutral que le toca asumir al Estado en el mercado plural de las ideas.

2. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA:

2.1. La libertad de expresión artística en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana:

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos fue aprobada en el año 1791 como respuesta a la opresión autárquica vivida hasta siglo XVIII. En ella se establece que el Congreso no aprobará ley alguna referente a la implantación de una religión o prohibiendo el culto de alguna de ellas; ni ley que restrinja la

libertad de expresión o de prensa; ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente; ni el de dirigirse al gobierno en demanda de remedio de situaciones consideradas injustas.

Para David O'BRIEN¹⁶⁷, la Primera Enmienda cumple una función basilar en la configuración jurídico-política del sistema norteamericano, puesto que las libertades de expresión y de prensa aseguran la disponibilidad de información y promueven el debate sobre las operaciones del gobierno representativo, con lo cual contribuyen indirectamente al ideal político del derecho del público a la información. Del mismo modo, como ha sostenido la Corte Suprema, el valor central de la referida cláusula constitucional reside en el interés público de tener un debate libre y sin trabas sobre materias de importancia pública (*the public interest in having free and unhindered debate on matters of public importance*)¹⁶⁸.

Sin embargo, tal y como sucede también en otros países, en los Estados Unidos se reconoce a la libertad de expresión de una manera bastante amplia y genérica, en la cual implícitamente se ha incorporado a las manifestaciones artísticas, en tanto formas de expresión protegidas ya sea como actos comunicativos (los poemas o canciones) o conductas expresivas (las actuaciones o danzas) por la Primera Enmienda¹⁶⁹.

Si bien no se cuenta con una norma de rango constitucional que reconozca la libertad de expresión artística de forma autónoma, la praxis judicial ha ido construyendo interpretativamente diversos criterios para la configuración de esta libertad fundamental. En efecto, el tratamiento de las artes a la luz de la libertad de expresión ha compartido algunos contenidos y límites de esta, razón por la cual no se habla de una libertad de expresión artística propiamente dicha o de origen autónoma, sino regida por los predicamentos dogmáticos de la libertad de expresión, entre las cuales resalta la institución de la censura, el discurso del odio, etc.

¹⁶⁷ O'BRIEN, David. *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional*. México: Edit. Publigráficos S.A., 1983, p. 177.

¹⁶⁸ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Pickering v. Board of Education*, 391 US, 563 (1968).

¹⁶⁹ Cfr. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Mineola-New York: The Foundation Press Inc., 1988, pp. 791 - 792.

En ese sentido, gracias al desarrollo enriquecedor de la libertad de expresión en norteamérica se ha podido conocer el qué, cómo, por qué y hasta dónde deben cautelarse las actividades u objetos artísticos, a partir de concebirlas como actos libres no sujetos a juicios de veracidad, popularidad, utilidad práctica o creencias sociales¹⁷⁰, y permitiendo así una fluida participación de las personas en el intercambio de ideas desinhibidas, irreverentes, controvertidas y desafiantes para el gobierno, los funcionarios públicos o los particulares.

2.2. La Primera Enmienda y sus métodos de resolución de conflictos:

La libertad de expresión artística contenida en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana ha encontrado serios conflictos – por su extensión conceptual – con otros bienes jurídicos igualmente importantes para la persona, como son su dignidad, honor, libertad religiosa, integridad, entre otros.

Esto se ha podido evidenciar desde los inicios de la vida republicana en norteamérica, cuyo ejercicio genérico de la libertad de expresión – y especialmente la artística – muchas veces ha colindado con conceptos que parecen estar fuera del marco constitucional de la Primera Enmienda, es decir, con lo inmoral, indecente, pornográfico y blasfemo. Una pugna jurídica entre dos enfoques y un mismo contenido, en donde el derecho asimilacionista intenta unificar la sociedad en torno a los valores culturales de un grupo singular dominante, mientras que el derecho pluralista intenta crear reglas de juego mediante las cuales grupos diversos y potencialmente competitivos puedan retener sus identidades distintivas y aun continuar existiendo¹⁷¹.

Por ello, ante esas controversias, la autoridad de la Constitución así como su obediencia, no mandan a reflejar las preferencias morales ni extender las ideas liberales o conservadoras del intérprete constitucional, sino valerse de la hermenéutica jurídica para cautelar el derecho fundamental afectado¹⁷².

¹⁷⁰ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case New York Times v. Sullivan*, 376 US, 254 (1964).

¹⁷¹ POST, Robert. «Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment». En: *El Estado frente a la Libertad de Expresión*. Buenos Aires: Yale Law School – Universidad de Palermo, 2011, pp. 24.

¹⁷² Cfr. TRIBE, Laurence H. y Michael C. DORF. *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 51 – 52.

De esta forma hallamos distintas teorías resolutorias, que van desde meras apreciaciones sobre el *due process of law*¹⁷³ con la doctrina de la excesiva amplitud (*overbreadth*) o la vaguedad de la ley (*vagueness*), pasando por enfoques más restrictivos, hasta aquellas vinculadas con el test de proporcionalidad, denominado por la corriente anglosajona: «*Balancing Test*».

Un breve repaso sobre ellas podrá ayudarnos a comprender el tratamiento de los casos propuestos en el presente acápite.

2.2.1. Test de la tendencia nociva:

En el caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 669 (1925) se había condenado penalmente a una persona por el delito de anarquía criminal, al haber publicado el «Manifiesto del Ala Izquierda» que representaba la voz disidente del Partido Socialista.

En esta ocasión, el supremo juez *Sandford* sostuvo que «*no podía exigirse al Estado que mida el peligro de cada expresión en la balanza precisa de un joyero. Una simple chispa revolucionaria puede prender un fuego que resulte en un incendio devastador y destructivo. No puede decirse que el Estado actúe arbitraria o irracionalmente cuando, al considerar las medidas necesarias para proteger la paz pública y la seguridad, trate de apagar la chispa sin aguardar a que prenda la llama o se desencadene un incendio*».

Por tanto, con este criterio se constitucionaliza la restricción de toda expresión tendiente a alterar el orden público, la defensa nacional, la moral pública o incitar al crimen, ya que por su peligrosidad podrían generar un caos institucionalizado y propiciar la inestabilidad del gobierno.

2.2.2. Doctrina del peligro claro e inmediato:

Esta fórmula interpretativa fue sostenida por el juez *Brandeis* en el caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), cuando señaló que «*La supresión de la libertad de expresión se justifica si se teme con fundamento que, de ejercitarse, va a ocurrir algo grave. Tiene que existir una base razonable para*

¹⁷³ Cfr. THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. «The First Amendment Overbreadth Doctrine». En: *Harvard Law Review*. United States: Vol. 83, N° 4, 1970, pp. 844 – 845.

creer que el peligro percibido es inminente y que el daño que trata de evitarse es grave (...) ningún daño dimanante del hecho de expresarse puede considerarse claro e inmediato, a no ser que la incidencia del daño percibido sea tan inminente que pueda producirse antes de tener la oportunidad de discutirlo a fondo. Si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias y para evitar el mal recurriéndolo a la educación, el medio sería más expresión, no el silencio forzoso. Solo una emergencia puede justificar la represión».

Pese al intento por restringir proporcionalmente el contenido de las expresiones – a diferencia de la rígida tesis de la tendencia nociva –, esta doctrina no deja de ser imprecisa y con una fuerte dosis de subjetividad al momento de determinar bajo qué criterios se puede establecer la peligrosidad e inmediatez de los actos o conductas expresivas.

2.2.3. Test de la incitación:

A raíz del caso *Branderburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), en el cual se condenó con pena privativa de libertad a un líder del grupo *Ku Klux Klan* por infringir la Ley sobre el Sindicalismo Criminal con sus amenazas violentas al gobierno y sus políticas contra la raza blanca, la Corte Suprema decidió redefinir la doctrina del peligro claro e inmediato.

En tal sentido, resaltó que las garantías constitucionales de la libertad de expresión y de prensa no permiten a un Estado prohibir el hecho de abogar por el uso de la fuerza o la afectación del derecho cuando la apología está dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente y es probable que se induzca, o produzca, tal acción.

2.2.4. *The preferred position* o tesis de la posición preferente:

Esta teoría defiende la intangibilidad del derecho a la libertad de expresión debido al valor que tiene, más que como derecho individual, como presupuesto necesario del sistema democrático¹⁷⁴. A lo largo de la

¹⁷⁴ MARCIANI BURGOS, Betzabé. «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos». En: *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, Vol. 11, Núm. 11, 2005, p 365.

jurisprudencia norteamericana¹⁷⁵, la doctrina ha podido identificar algunas reglas aplicables por los jueces supremos al momento de ponderar un caso en donde se encuentre en disputa la libertad de expresión¹⁷⁶. Entre ellas cabe mencionar: i) La reducción de la presunción de constitucionalidad de la acción del gobierno; ii) La inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que corresponde al gobierno demostrar que no trata de restringir la libertad de expresión; iii) La adopción rápida de la iniciativa por el Tribunal Supremo en los supuestos en los que se dilate por el gobierno el ejercicio del derecho; iv) La intolerancia de la legislación imprecisa o vaga que confiera un margen peligroso de discrecionalidad al gobierno en materia de libertad de expresión (el vicio del *vagueness*); v) En relación con lo anterior, la exigencia de pautas bien definidas cuando se regule la libertad de expresión; vi) El rechazo de aquellas normas que establezcan limitaciones con un alcance o de una amplitud tales que puedan afectar al ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda (el vicio del *overbreadth*); vii) El repudio de sobrecargas procesales y formalidades que puedan erigirse en obstáculos a la libertad de expresión; viii) La indicación de que deben emplearse por el gobierno, si los hubiere, medios distintos (que no restrinjan, o restrinjan menos, la libertad de expresión), para alcanzar los objetivos que se proponga; y, ix) La interpretación restrictiva de las normas limitativas de la libertad de expresión.

2.2.5. *Balancing Test*:

El *balancing test* o juicio ponderativo – en sus diversas formas – es fundamentalmente un método interpretativo que a través de su procedimiento permite identificar intereses o derechos enfrentados para garantizar la expansión o reducción de su ejercicio en un caso concreto. Con

¹⁷⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Jones v. City of Opelika* 316, U.S. 584 (1942), «(...) La Constitución, en virtud de las Enmiendas Primera y Decimocuarta, ha situado a esas libertades en una posición preferente»; *case Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943), «La libertad de prensa, la libertad de expresión, la libertad de religión están en una posición preferente»; *case SAIA v. People of State of New York*, 334 U.S. 558 (1948), «A menos que nos retiremos de las firmes posiciones que adoptamos en el pasado, tenemos que otorgar a la libertad de expresión en este caso el mismo tratamiento preferencial que dimos a la libertad de religión en el caso *Cantwell*, a la libertad de prensa en el caso *Griffin* y a la libertad de expresión y de reunión en el caso *Hague*».

¹⁷⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. *La Libertad de Expresión*. Madrid: Edit. Pons, 1992, pp. 118 – 119.

esta herramienta jurídica se pretendió corregir los enfoques subjetivos y absolutistas de las fórmulas pasadas.

En un primer momento, empezó aplicándose para los conflictos que guardaban relación con las *non speech restrictions*, esto es, para valorar aquellas normas que limitaban las expresiones indirectamente, tales como las disposiciones reguladoras del tiempo, lugar y forma, aprobadas para servir a un interés sustancial de los poderes públicos, pero que son neutras en su contenido¹⁷⁷.

A partir del caso *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981), la Corte Suprema estableció que las restricciones a la libertad de expresión en general serán admisibles constitucionalmente si:

- i) La prevención del daño no se deriva del contenido de la comunicación.
- ii) Sirven a un interés relevante o significativo del gobierno.
- iii) Dejen abiertas otras alternativas para difundir el mensaje.

Posteriormente, con las normas reguladoras del contenido de la expresión, la corte fue construyendo una ponderación en base a una escala móvil de protección a los valores comunicativos. Así, siguiendo al juez *Powell* no toda expresión tendrá la misma relevancia para la Primera Enmienda, pues por ejemplo aquellas vinculadas a cuestiones comerciales, privadas o sobre pornografía infantil ostentarán un grado menor, en relación a las de índole literaria, política, etc.¹⁷⁸.

Luego, con la finalidad de reforzar el método ponderativo, la praxis judicial introdujo niveles o grados de escrutinio judicial: El *strict scrutiny* (escrutinio estricto), el *intermediate scrutiny* (escrutinio intermedio) y el *rational scrutiny* (escrutinio racional). El primero¹⁷⁹, es un control judicial más riguroso que se realiza contra aquellas normas interventoras a un

¹⁷⁷ *Ídem.*, p. 45.

¹⁷⁸ Cfr. ALEINIKOFF, Alexander. *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 64 - 65

¹⁷⁹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938).

derecho fundamental o que presenten una «clasificación sospechosa» vinculada por ejemplo a temas raciales, religiosos, entre otros. Aquí, será el Estado quien tendrá la carga de acreditar el interés nacional que justifica dicha regulación, es decir existirá una presunción de inconstitucionalidad de la medida restrictiva, por lo que para revertir dicha presunción la norma deberá cumplir 3 exigencias¹⁸⁰:

- i) Justificarse en un interés público esencial.
- ii) Servir para alcanzar dicha justificación.
- iii) Ser la menos restrictiva para la consecución del interés.

Por otra parte, la segunda¹⁸¹ examina las regulaciones estatales que lesionan los derechos fundamentales, pero vistas aquellas como intereses importantes – y ya no esenciales – para el sistema democrático. De tal manera, que la presunción de inconstitucionalidad se conservará, en tanto el Estado no logre desvirtuar lo contrario siguiendo las mismas reglas precedentes¹⁸².

Finalmente, la tercera se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores y que la práctica jurisdiccional ha reservado para el debido proceso. En este caso, por obvias razones, la medida restrictiva se reputa constitucional¹⁸³.

Todas estas variantes del *balancing test*, si bien representan intentos notables por brindar cierta predictibilidad objetiva en las decisiones de la corte, no han estado exentas de duras críticas por la fuerte discrecionalidad del juzgador en decantarse por una de ellas. No obstante, consideramos que su utilidad práctica permite encontrar soluciones libres de prejuizgamientos y ajustadas al caso concreto.

¹⁸⁰ Cfr. WINKLER, Adam. «Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts». En: *Vanderbilt Law Review*. Los Ángeles: University of California, Los Angeles, Vol. 59, 2006, pp. 798 – 809.

¹⁸¹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Youngberg v. Romero*, 457 U.S. 307 (1982).

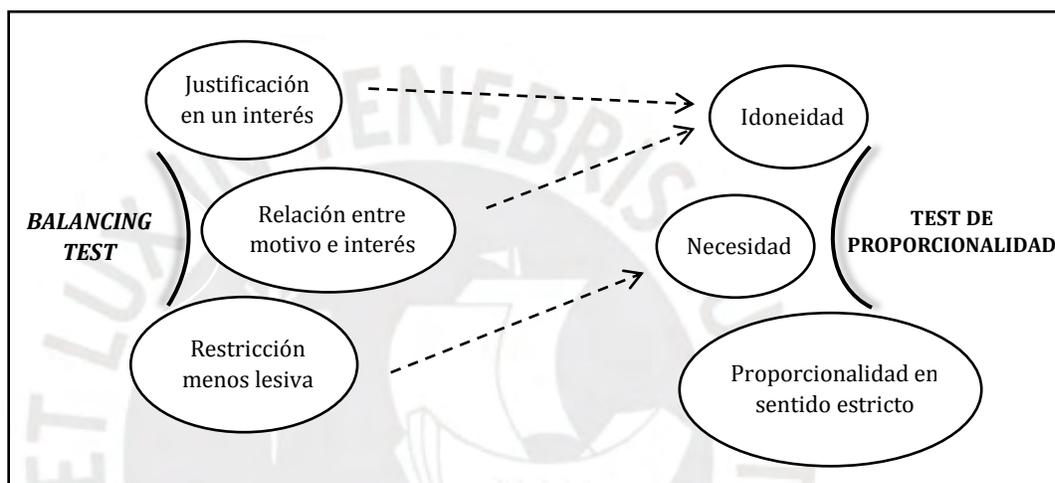
¹⁸² Cfr. SAPAG, Mariano. «El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al Poder del Estado: Un estudio comparado». En: *DIKAION. Revista de Actualidad Jurídica*. Colombia: Año 22, Núm. 17, 2008, pp. 168 – 169.

¹⁸³ *Ibidem*.

2.2.6. El *balancing test* como test de proporcionalidad:

La estructura del *balancing test* guarda estrecha relación con el test de proporcionalidad peruano, en tanto ambas se constituyen como plataformas de argumentación para resolver tensiones constitucionales que impliquen la restricción a la libertad de expresión artística¹⁸⁴.

En efecto, después de revisar dichos procedimientos y sus niveles de escrutinio podrá encontrarse el siguiente símil:



El gráfico *ut supra* demuestra que en el modelo norteamericano del *balancing test*, los criterios de justificación y causalidad entre el motivo e interés público en buena cuenta se pueden subsumir en el principio de idoneidad del test de proporcionalidad. Asimismo, la evaluación de la medida menos gravosa que propone aquel modelo es la definición del principio de necesidad peruano.

Por otro lado, respecto al principio de proporcionalidad *in strictu sensu* que no se encuentra contemplado expresamente dentro de la estructura del *balancing test*, consideramos que ello no debe entenderse como una exclusión en el razonamiento judicial, ya que la valoración o ponderación de los bienes jurídicos contrapuestos es una tarea inherente a la función

¹⁸⁴ Cfr. STONE SWEET, Alec. «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism». En: *Columbia Journal of Transnational Law*. Yale: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2008, p. 89. Consulta: 10 de diciembre de 2016: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2296&context=fss_papers>

resolutiva de los conflictos constitucionales que – en la experiencia anglosajona – se ha fundido en las particularidades del caso concreto y le ha permitido afianzar en algunas oportunidades la tesis sobre los derechos preferentes o la aplicación gradual de los *scrutinies*.

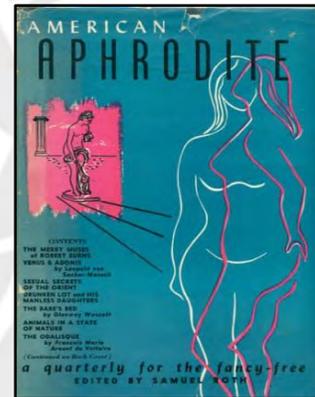
2.3. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia de los Estados Unidos:

2.3.1. La obscenidad:

2.3.1.1. El vendedor de material erótico¹⁸⁵:

Samuel Roth fue declarado culpable en virtud de la Ley de Obscenidad Federal de New York, por haber promocionado la venta de sus libros, fotografías y revistas (como la «*American Aphorite*» que contenía literatura erótica y desnudos) a través de correos postales y material publicitario con imágenes obscenas.

La sentencia expedida en este caso representa el punto arquimédico en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el grado de protección de aquellas expresiones obscenas – como pueden ser las artísticas – dentro de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.



La decisión del tribunal fue presidida por el juez *William J. Brennan* – a la que se añadieron una mayoría de 5 votos, con 3 en discordia –, quien arguyó que todas las ideas aun cuando revistan de una mínima importancia social – ideas poco ortodoxas, ideas controvertidas o incluso totalmente inadmisibles para la opinión reinante –, gozan de la plena protección de las garantías contenidas en la Primera Enmienda, a menos que pudieran ser

¹⁸⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

excluidas de dicha protección a razón de que interfieran en el sector de ciertos intereses más importantes.

Sin embargo, para determinar si una expresión es obscena y por consiguiente reñida con la esencia de la Primera Enmienda, la corte estableció que aquella deberá identificarse con los siguientes criterios: 1) El contenido manifiestamente lascivo en el sexo; 2) El material lascivo en su conjunto contraviene el estándar contemporáneo de la comunidad; y, 3) La mínima importancia social atenuante.

De ahí que, a juicio del magistrado, hablar de sexo y obscenidad no sea lo mismo. Lo obsceno será aquel material que trata al sexo de una manera atractiva para el interés lascivo y degradante generando en otros una serie de pensamientos lujuriosos; mientras que la representación del sexo, por ejemplo en el arte, la literatura y las obras científicas, tiene una fuerza motriz en la vida humana y ha sido indiscutiblemente un tema reflexivo para la humanidad a través de los siglos, siendo uno de los problemas esenciales de la preocupación pública.

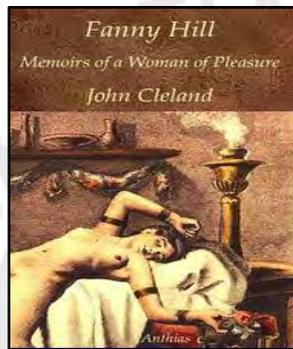
En tal sentido, de acuerdo a las apreciaciones del jurado como representantes de la conciencia comunitaria – de los niños, jóvenes, hombres y mujeres, adultos, estudiantes y no estudiantes así como religiosos y no religiosos – y atendiendo a que las expresiones obscenas no son parte esencial de cualquier exposición de ideas para la búsqueda de la verdad, ya que cualquier beneficio que pudiera aportar se ve claramente superado por el interés social en el orden y la moral, la corte resolvió confirmar la sentencia venida en apelación, considerando que las expresiones obscenas no gozan de protección de la Primera Enmienda¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Es importante señalar algunos fundamentos de los votos en discordia que acompañan a la sentencia. Para el juez *Harlam* resulta preocupante adoptar un estándar comunitario sobre la obscenidad, estableciendo una

2.3.1.2. La novela pornográfica¹⁸⁷:

En observancia de las Leyes Generales de Massachusetts, el Procurador General interpuso una acción civil de adjudicación de la novela «*Memoirs of a Woman of Pleasure*» («Memorias de una Mujer de Placer»), que había sido distribuida en diversas bibliotecas y universidades del Estado federal.

Esta obra literaria, escrita por *John Cleland* en 1750, retrata las aventuras sexuales de *Fanny Hill* en Londres, una joven de 15 años de edad que se convierte en meretriz, en su intento por



comprender el significado del amor. La obra – tal como lo describió el Juez *Clark* – tiene alrededor de 200 páginas con referencias y detalles explícitos de encuentros sexuales con lesbianas, actos de masturbación, homosexualidad entre niños, sadomasoquismo, orgías y recreaciones de los órganos copulativos antes, durante y después de las relaciones íntimas.

Así, de conformidad con el estándar de obscenidad fijado en el caso *Roth v. United States*, los tribunales de primera y segunda instancia de Massachusetts declararon que la novela representaba un libro obsceno de corte erótico que no estaba amparado por la Primera Enmienda.

Sin embargo, al revisar el caso, el juez *Brennan* de la Corte Suprema advirtió que era necesario replantear los criterios del caso *Roth*, pues la novela de *Fanny Hill* a pesar de tener un tema lascivo sobre el sexo y resultar ofensivo a la comunidad con las

prohibición federal (general) sin tomar en cuenta las particularidades propias a nivel estatal, así como resignar la importancia social a la publicación de obras que tiendan a remover los impulsos o pensamientos sexuales. Por su parte, los jueces *Douglas* y *Black* cuestionan la existencia de una prueba constitucional objetiva que acredite la obscenidad de las expresiones, lo que demuestra que se está permitiendo reprimir la simple provocación de pensamientos impuros y no actos manifiestos o conductas antisociales.

¹⁸⁷ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

representaciones sexuales, tornaba discutible si carecía de todo valor social. Frente a ello, señaló que *«El Tribunal de Apelación determinó equívocamente que no es necesario que un libro sea absolutamente carente de valor para considerado obsceno. No se puede prohibir un libro a menos que se determine que resulta carente de todo valor social atenuante»*.

Asimismo, para el juez *Douglas* la fiscalía prácticamente no hizo ningún esfuerzo por demostrar que la novela carecía de todo valor social atenuante, por el contrario la defensa había tenido un rol más activo para acreditar que la obra revestía de cierta importancia literaria, histórica y social. En consecuencia, si bien en *Roth* se supuso que la obscenidad tenía una mínima virtuosidad social, el caso *Memoirs* determinó que para probar la obscenidad debía demostrarse expresamente que el material era carente de todo valor social atenuante.

Es decir, nueve años después al caso *Roth*, la Corte Suprema decide modificar el estándar de obscenidad con un elemento de prueba negativo: 1) El contenido manifiestamente lascivo en el sexo; 2) El material lascivo en su conjunto contraviene el estándar contemporáneo de la comunidad; y, 3) *Carencia total de todo valor social atenuante*.

Por tanto, apreciando que el Tribunal de Massachusetts resaltó el valor literario y artístico del libro en la moral sexual y la historia de la novela inglesa a partir de la opinión emitida por expertos en la materia, la Corte Suprema revirtió la decisión impugnada y sostuvo que dicha obra sí se encontraba protegida en la Primera Enmienda¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Dentro de los votos en discordia, encontramos la opinión del juez *Clark*, quien cuestiona que algunas prosas con estilos metafóricos sean suficientes para proteger las expresiones obscenas y pornográficas que pueden degradar a la sociedad o fomentar las conductas sexuales criminales con complacencia del Estado. Expresamente sostuvo que la decisión de la Corte *«da rienda suelta al artista del carbón para continuar con su negocio sucio»*.

2.3.1.3. El vendedor de material pornográfico¹⁸⁹:

Marvin Miller había enviado por correo postal folletos publicitarios para la venta de 4 libros: «*Intercourse*» («Contacto sexual»), «*Man-Woman*» («Hombre-Mujer»), «*Sex Orgies Illustrated*» («Imágenes de orgías sexuales») y «*An Illustrated History of Pornography*» («Historia de la Pornografía a través de imágenes»), y 1 película llamada «*Marital Intercourse*» («Sexo conyugal»). Esta información – no solicitada – fue abierta por el gerente del restaurante *Newport Beach*, acompañada de su madre, quienes al sentirse ofendidos denunciaron los hechos ante la policía federal.

Luego de las investigaciones, el señor *Miller* fue condenado por contravenir una norma penal de California que prohibía la distribución deliberada de material obsceno y pornográfico.

Nuevamente llega al máximo tribunal de justicia de los Estados Unidos un caso que mereció especial atención, por la profusa difusión de material pornográfico que se venía dando desde la segunda mitad del siglo XX y que hizo reexaminar el estándar de protección de las expresiones obscenas en el marco de la Primera Enmienda.

En una decisión de 5 votos contra 4, el juez ponente *Burger* había señalado que en el caso *Memoirs* se había insertado un elemento de difícil probanza a la parte actora, consistente en acreditar un hecho negativo: la carencia total de todo valor social atenuante en la obra obscena.

En esa medida, a criterio del magistrado, si bien *prima facie* el sexo y la desnudez no pueden ser utilizados de manera irrestricta en películas o fotografías que se exhiban o vendan directamente en lugares públicos, basta que posean mínimamente un valor

¹⁸⁹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

literario, artístico, político o científico para recibir protección de la Primera Enmienda. De ahí que surja la necesidad de construir un nuevo estándar constitucional que permita establecer cuándo las manifestaciones u obras de contenido obsceno se encuentran al margen de la protección por la libertad de expresión. Así, este estándar consistirá en que: 1) Si una persona común, al aplicar los estándares comunitarios vigentes, concluiría que la obra en su totalidad atrae un interés lascivo; 2) Si la obra representa o describe, de un modo manifiestamente ofensivo, una conducta sexual definida expresamente por la ley aplicable; y, 3) Si la obra, en general, carece de un valor literario, artístico, político o científico. Por tanto, si la ley de un Estado regula la obscenidad en virtud a tales condiciones, los valores de la Primera Enmienda se encontrarán debidamente protegidos.

Ahora bien, para el cumplimiento del primer criterio la corte deberá atender el impacto morboso del sexo bajo el razonamiento promedio de una persona dentro de su propio estado federal (California, Illinois, New York, etc.), dado que los ciudadanos de los distintos estados tienen diferentes gustos y actitudes que no deben ser anulados por el absolutismo que entrañaría una uniformidad nacional impuesta con la impronta del «estándar comunitario».

Con el segundo criterio se requerirá que las conductas sexuales explícitas sean objeto de regulación estatal, dado que también entre estados federales pueden diferir las concepciones sobre lo que es considerado o no ofensivo.

En el tercer criterio importa analizar la obra en su conjunto y no únicamente pasajes aislados para determinar su contenido obsceno y/o pornográfico. Ejemplo de ello serán las mismas novelas, poemas, películas, comics de corte erótico. Igualmente, se encontrarán los libros médicos para la educación de profesionales

de la medicina que muestren descripciones y gráficos de la anatomía humana en su forma más cruda.

En base a tales precisiones el tribunal evaluó que los libros promocionados sí contenían valor literario y artístico, en consecuencia revocó el fallo emitido por el Departamento de Apelaciones del Tribunal de Primera Instancia del Condado de Orange – California, devolviendo los actuados para que se expida una nueva sentencia empleando los estándares desarrollados en la presente sentencia.

2.3.2. Cinematografía:

2.3.2.1. El milagro carnal¹⁹⁰:

El señor *Joseph Burstyn* era un empresario que había obtenido inicialmente una licencia para proyectar el cortometraje «*The Miracle*» («El Milagro» o «*Il Miracolo*» en su versión original italiana) de la trilogía llamada «*Ways of Love*» («Formas de Amar»).



El filme cuenta la historia de una chica pobre con demencia que encuentra a una persona con barba, a quien consideró ser su santo devoto: San José, y que se había presentado para llevarla al cielo. Sin embargo, luego de ser seducida por este personaje termina embarazada. Hecho que provocó la burla del pueblo, llegando al extremo de colocarle una aureola sobre su cabeza. Finalmente, la mujer campesina decide huir junto con su cabra hasta una Iglesia ubicada en la cima de una montaña, en donde da a luz a su hijo y recupera la cordura gracias al amor maternal.

¹⁹⁰ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952).

La difusión de esta película generó que cientos de personas comenzaran a remitir cartas a la Junta de Regentes del Estado de New York a favor y en contra de su exposición.

Ante esta situación, dicha Junta estableció un comité encargado de apreciar la película, quienes al término de la misma llegaron a la conclusión que su contenido era sacrílego; por lo que al haber quebrantado la Ley de Educación de New York¹⁹¹ resolvió revocar la licencia, siendo confirmada posteriormente por el Tribunal de Apelaciones.



A diferencia del antecedente *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915) en el que la corte sostuvo que las películas son protegidas por la libertad de comercio, en este caso se viró de posición admitiendo que sí constituían verdaderas manifestaciones incluidas en la garantía de la libertad de expresión (Primera Enmienda), la cual – a decir del juez *Clark* – permite analizar a las imágenes en movimiento como un medio importante para la comunicación de ideas, que van desde la adhesión directa de una doctrina política o social hasta la formación sutil del pensamiento de una verdadera expresión artística. En tal sentido, como quiera que sirven para informar o entretener dentro de una sociedad democrática, no hace sino más que exigir al órgano censor un escrutinio constitucional objetivo para que valide o conceda su difusión al público.

¹⁹¹ La referida ley establecía que «El director de la división del departamento de educación o, cuando sea autorizado por los regentes, los funcionarios de una oficina local u oficina, harán que se examine cada película de cine que se les presente, y a menos que la película o una parte de la misma sea obscena, indecente, inmoral, inhumana, sacrílega, o es de tal naturaleza que su exposición tiende a corromper la moral o incite al delito, deberá emitir una licencia para ello. Si tal director o, cuando así lo autoriza, tal oficial no concediera la licencia de cualquier película, se le proporcionará al solicitante para ello un informe por escrito de las razones de su negativa y una descripción de cada parte rechazada de la película o de su totalidad». [Traducción libre]

Sin embargo, tanto los censores como los tribunales de New York al retirar la licencia aplicaron de manera abstracta el término «sacrilegio», olvidando que dicho concepto conduciría a favorecer a una religión sobre otra y, por ende, desconocer la libertad de cultos que prohíbe al Estado justificar sus restricciones previas en base a sus particulares puntos de vista.

Para los jueces *Frankfurt, Jackson y Burton*, en voto concurrente, las expresiones sacrílegas o blasfemas pueden resultar ofensivas para cada uno de los credos existentes (ya sea porque afecte sus divinidades, comportamientos, símbolos, ideología, entre otros), aunque unos con mayor o menor intensidad dependiendo del contexto temporal y geográfico. Por ello, teniendo en cuenta la vaguedad del concepto «sacrilegio» y las opiniones divergentes entre los representantes católicos, asociaciones laicas, expertos y críticos de arte que analizaron el contenido de la película, no resultó razonable censurarla sin estándares concretos y objetivos, puesto que al hacerlo no solo se vulneró el debido proceso sino que se vació de contenido a la libertad de expresión artística. En conclusión, la corte resolvió invertir la sentencia amparando el recurso del demandante.

2.3.2.2. Juegos sexuales¹⁹²:

El ciudadano *Jenkins* fue condenado a 12 meses de prisión suspendida y al pago de \$750.00 dólares por haber contravenido la Ley de Obscenidad de *Georgia* con la exhibición de la película «*Carnal Knowledge*» («Conocimiento Carnal») que contaba la historia de dos jóvenes amigos, interpretados por los actores *Jack Nicholson* y *Art Garfunkel*, quienes van perdiendo su virginidad



¹⁹² CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974).

desde la vida universitaria a través de confusas experiencias sexuales con distintas mujeres y, continúan – años más tarde – viviendo otras aventuras amorosas y de desengaños.

Este caso fue decidido por voto unánime de los jueces de la corte, precisando que de conformidad con la prueba de obscenidad en el caso *Miller*, el jurado no cuenta con una discrecionalidad irrestricta para determinar lo que es manifiestamente ofensivo.

Así, «*Carnal Knowledge*» no patentaba con este estándar constitucional, pues a pesar que el tema de fondo de la película es, en un sentido amplio, el sexo, y hay escenas en las que se ha de entender que está ocurriendo actos sexuales consumados, la



cámara no se enfoca sobre los cuerpos de los actores en tales momentos. No hay ninguna exhibición de los genitales de los actores, morbosa o de otro tipo, durante esos pasajes. Hay escenas

ocasionales de desnudez, pero la desnudez en sí misma no es suficiente para hacer que el material sea legalmente obsceno bajo los estándares de *Miller*.

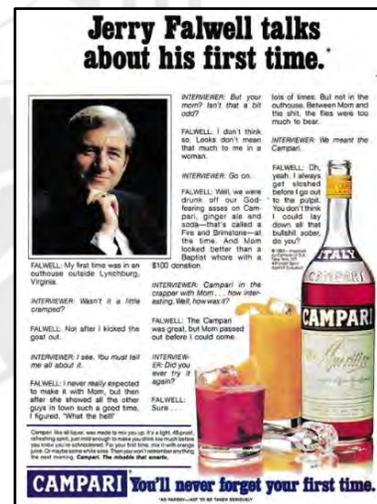
Por tales razones, dado que la proyección fílmica no evidenciaba el «núcleo duro de la conducta sexual» y tomando en cuenta que – además – la misma había merecido una nominación a los premios Óscar, se resolvió revocar la decisión del tribunal federal de *Georgia*.

2.3.3. Parodia:

2.3.3.1. La parodia del cura¹⁹³:

En la edición de noviembre de 1983 de la revista *Hustler Magazine*, se publicó una parodia del aviso publicitario del licor «Campari», que contenía la imagen de *Jerry Falwell* – conocido ministro religioso y comentarista sobre temas políticos y de interés público – bajo el título «*Jerry Falwell talks about his first time*» («Jerry Falwell habla sobre su primera vez»). En ella se retrataba el formato real del anuncio y se confeccionó una supuesta entrevista, en donde el religioso explicaba que su primera vez había sido un encuentro incestuoso con su madre, en una letrina y en estado de ebriedad. Además, dicha caricatura agregó como leyenda en la parte final del aviso: «Parodia publicitaria. No debe interpretarse seriamente». Asimismo, el índice de la revista fue incluida en la sección «Ficción; Parodia publicitaria y sobre personalidades».

Frente a estos hechos, el señor *Falwell* demandó a *Hustler Magazine Inc., Larry Flynt y Flynt Distributing Co., Inc.* por invasión a su privacidad y daños psicológicos, siendo amparado únicamente en el segundo extremo a través de una fuerte indemnización. Luego que la resolución fuera confirmada por el Tribunal de Apelaciones, el representante de la industria demandada interpuso una acción ante la Corte Suprema dada la presunta violación a la Primera y Decimocuarta Enmienda.



¹⁹³ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

En voto unánime, la corte recordó en un primer momento la opinión del juez *Frankfurter* cuando sostuvo en *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665, 673-674 (1944), que una de las prerrogativas de los ciudadanos estadounidenses es el derecho a criticar a las figuras públicas y a las medidas públicas, la cual, inevitablemente, no siempre serán razonadas ni moderadas, pudiendo – incluso – estar sujetas a ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradablemente incisivos.

Así, en relación a lo expuesto precedentemente, el juez ponente *Rehnquist* añadió que, en algunas ocasiones, el arte de los parodistas o caricaturistas no es racional ni imparcial, sino incisivo y arbitrario, pues las tiras cómicas o caricaturas políticas tienden a explotar rasgos físicos o acontecimientos políticos bochornosos, que suelen afectar sentimientos de las personas que le sirven de referencia. Situación que – independientemente de su verdad o falsedad – no las exime del reconocimiento en la Primera Enmienda, *maxime* si estas han tenido un papel destacado en el debate público y político de la historia norteamericana.

En efecto, con estas afirmaciones, el supremo tribunal precisó que para admitir el carácter ultrajante de la caricatura en el ámbito del discurso político y social debe fundamentarse en un estándar objetivo que determine un impacto psicológico adverso en el público¹⁹⁴, y no subjetivo que recaiga en la desaprobación del ofendido.

Asimismo, consideró que esto no significa que cualquier expresión acerca de una figura pública esté exenta de sanción resarcitoria, sino que debe analizarse si las expresiones falsas son realizadas

¹⁹⁴ Para la Corte no todo discurso tiene el mismo nivel de importancia en relación con la Primera Enmienda y para ello manifiesta que en el caso *Pacific Foundation* reconocieron que el discurso que sea «vulgar», «ofensivo» y «escandaloso» «no tiene derecho a recibir protección constitucional absoluta en cualquier circunstancia». En *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), concluyeron que un Estado podía castigar lícitamente a una persona por usar «términos beligerantes: aquellos cuya sola utilización implica un agravio o tiende a incitar una inmediata ruptura de las relaciones pacíficas».

con «real malicia» o «intención dolosa», esto es, con conocimiento de que la afirmación era falsa o con desconsideración temeraria sobre su veracidad o falsedad. Dicho esto, toda vez que en el presente caso ello no ha sido demostrado, la corte decidió revocar el fallo materia de impugnación.

2.3.4. Música:

2.3.4.1. El concierto de rock¹⁹⁵:

Rock Against Racism (Rock Contra el Racismo – RAR) era una asociación encargada de patrocinar conciertos de música rock en la concha acústica de *Naumberg*, ubicada al sureste de *Central Park* en la ciudad de New York.



Esta clase de eventos generó numerosas quejas de los vecinos por el excesivo estruendo, existiendo ocasiones en donde la policía tuvo que intervenir para cortar la energía del sistema de sonido, en hostilidad de la audiencia.

Frente a esta problemática, la autoridad edil del lugar decidió emitir una norma a través de la cual sea ella misma la que se encargue de suministrar equipos de sonido de alta calidad y contratar a un técnico especializado para garantizar un adecuado servicio en los conciertos. Regulación que motivó el descontento de los artistas, al no poder utilizar sus propios amplificadores y equipos de sonidos para producir su música, desencadenando – como consecuencia de ello – una demanda por la vulneración de su libertad de expresión.

Para el juez ponente *Kennedy*, en voto concurrente y mayoritario de los jueces *Rehnquist*, *Black*, *O'Connor* y *Scalia*, existieron tres

¹⁹⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

criterios fundamentales para concluir que la controvertida norma era compatible con la Primera Enmienda constitucional¹⁹⁶.



En primer lugar consideró que la regulación normativa mantenía una posición neutral, es decir no establecía reglas, estilos o parámetros en el contenido de las

expresiones artísticas, pues solo se limitaba a intervenir en las amplificaciones de sonido. En segundo lugar, se sostuvo que la normativa perseguía como finalidad proteger un interés gubernamental sustancial, como puede ser el bienestar, la tranquilidad, o en este caso la protección de los ciudadanos contra el ruido excesivo y no deseado.

En efecto, el dispositivo legal no tiene un impacto significativo en la capacidad creadora del artista y menos ejerce un control sobre sí, antes bien, permite modificar el volumen de la música sin interferir en la mezcla de



sonidos construidos creativamente por el hacedor del arte o el intérprete. En último término, dejaba abierto amplios canales de comunicación alternativos, ya que no prohibía cualquier forma o tipo de expresión particular en un lugar o tiempo determinado, únicamente regulaba la extensión amplificadora del audio.

2.3.4.2. El rapero asesino¹⁹⁷:

Luego de que la esposa de *Anthony Douglas Elonis* decidiera abandonarlo, llevándose consigo a sus 2 hijos, este comenzó a

¹⁹⁶ Los jueces *Marshall, Brennan y Stevens* sustentaron su voto en discordia bajo la preocupación de que en el caso *sub examine* no se haya valorado la existencia de otros medios alternativos menos lesivos a la libertad de expresión artística, como la existencia de una ordenanza general para limitar el ruido; por el contrario se ha concedido el amparo a una restricción innecesaria que – incluso – incide con la forma cómo el artista ha decidido concretar su creatividad en el volumen del sonido a través de una asistencia técnica proveída por el gobierno.

¹⁹⁷ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Elonis v. United States*, 575 U.S. (2015).

escuchar música rap con letra violenta. Además, decidió utilizar su cuenta personal de Facebook bajo el seudónimo de «Tone Dougie» para escribir y difundir sus letras musicales, en las cuales explicó – a su vez – a otro usuario de la red social que su escritura era terapéutica y le ayudaba a lidiar con el dolor.

En una oportunidad, *Elonis* empleó el guion de un cómico titulado «Quiero matar al presidente de los Estados Unidos», sustituyendo la referencia del dignatario con el de su esposa. Esta letra de rap manifestó lo siguiente: «*Hola, soy Tone Elonis/ ¿Sabías que es ilegal para mí decir que quiero matar a mi mujer?/ Es una de las pocas frases que no se me permite decir/ Ahora que estaba bien para mí decir lo correcto, después porque yo solo te estaba diciendo que es ilegal para mí decir que quiero matar a mi esposa/ Um, pero lo que es interesante es que es muy ilegal decir verdad, de verdad pienso que alguien por ahí debe matar a mi esposa*»¹⁹⁸.

Después de leer esos mensajes, su esposa sintió un inmenso temor que la conllevó a solicitar garantías para su vida, la misma que al ser concedida



provocó nuevamente una respuesta de *Elonis* con la siguiente letra: «*Dobla tu orden de protección de abuso y colócalo en tu bolsillo/ ¿Es lo suficiente para detener una bala?/ Intento cumplir una orden/ Que fue concedida indebidamente en el primer lugar/ Me parece que el juez necesita educación/ La verdadera amenaza es la jurisprudencia/ Y pasar un tiempo en prisión no te dará más de mi plata/ Y si es peor de lo peor/ Tengo suficientes explosivos*»¹⁹⁹.

¹⁹⁸ «Hi, I'm Tone Elonis/ Did you know that it's illegal for me to say I want to kill my wife?/ It's one of the only sentences that I'm not allowed to say/ Now it was okay for me to say it right then because I was just telling you that it's illegal for me to say I want to kill my wife/ Um, but what's interesting is that it's very illegal to say I really, really think someone out there should kill my wife». [Traducción libre]

¹⁹⁹ «Fold up your (protection-from-abuse order) and put it in your pocket/ Is it thick enough to stop a bullet?/ Try to enforce an Order/that was improperly granted in the first place/ Me thinks the Judge needs an education/on true

Debajo de cada composición de rap, *Elonis* dejaba en claro que era un artista – emulador del conocido rapero americano *Eminem* – y se trataba de creaciones ficticias, sin intención ni parecido con alguna persona real. También, en otra oportunidad manifestó: «*Art is about pushing limits. I'm willing to go to jail for my Constitutional rights. Are you?*» («El arte se refiere a empujar los límites. Yo estoy dispuesto a ir a la cárcel por mis derechos constitucionales. Ustedes?»).

Considerando tales hechos, fue condenado a 3 años de prisión y 8 meses de libertad suspendida por las amenazas vertidas en sus canciones que infringían las leyes penales de la ciudad, motivo por el cual acudió a la Corte Suprema por la vulneración a su libertad de expresión, manifestando – a su vez – que sus letras eran una obra de arte similares a las composiciones de muchos cantantes de rap y artistas de espectáculos públicos.

El juez ponente *Roberts*, al analizar el caso, sostuvo que la norma penal únicamente calificaba cualquier amenaza como susceptible de una sanción penal, sin tomar en cuenta el *animus* del actor, por lo que estimó necesario precisar que el elemento crucial para deslindar entre una conducta lícita e ilícita no es la comunicación de la amenaza *per se*, sino la intencionalidad – que tampoco equivale a probabilidad – del acto criminal. Para el juez *Alito*, por regla general la Constitución no protege las amenazas reales, es decir aquellas que infligen un daño y tienen poco o ningún valor social; lo que equivale decir que habrán amenazas contenidas en diversas comunicaciones que pueden cobijar valores relevantes – como el caso de las expresiones artísticas – que sí ameritarán protección en la Primera Enmienda. Por todo ello, la corte resolvió amparar la demanda y revocar el fallo apelado.

threat jurisprudence/And prison time'll add zeros to my settlement/And if worse comes to worse/I've got enough explosives». [Traducción libre]

2.3.5. Danza:

2.3.5.1. El baile erótico I²⁰⁰:

En 1973 había comenzado a funcionar un establecimiento para adultos que permitía a los clientes insertar una moneda en una cabina para que puedan ver en vivo la danza de una bailarina – generalmente desnuda – detrás de un panel de vidrio.

Así pues, las quejas no se hicieron esperar, ya que los vecinos denunciaron que dicha exposición vulneraba una ordenanza municipal que no permitía el uso comercial de ese rubro de entretenimiento por la zona.

Finalmente, si bien los tribunales federales reconocieron que el baile desnudo estaba protegido por la Primera Enmienda, su permisibilidad debía respetar la zonificación establecida mediante la ordenanza. En consecuencia, al no ser una libertad ilimitada decidieron imponer una multa económica a los dueños del negocio.

Ya en la Corte Suprema, el juez *White* sostuvo que tanto las obras musicales como las películas o la danza desnuda, constituyen formas de entretenimiento que pueden estar vinculados al discurso político e ideológico protegidos con el manto de la libertad de expresión. Por ello, cualquier limitación a su ejercicio deberá sustentarse en un interés gubernamental sustancial y en los medios elegidos menos lesivos para lograr dicha finalidad.

En esa medida, a pesar de que impedir los bailes desnudos buscaría garantizar una zonificación destinada a atender las necesidades que son apremiantes e impostergables (venta de alimentos, vestido, entre otros), así como evitar el surgimiento de conflictos, resguardo policial y presencia de desperdicios en las calles (idoneidad de la medida); ello no podría admitirse como

²⁰⁰ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981).

razón suficiente para prohibir los modos de expresión, más aún si la ordenanza municipal sí concedía el uso comercial para otras fuentes de entretenimiento como teatros, exposición de automóviles o salones de belleza.

Además, en cuanto a las medidas alternativas no se estimó razonable erradicar todo baile desnudo, sin atender a otros criterios vinculados al tiempo, lugar o modo, lo que podría conllevar a permitir el baile en determinado horario con el fin de optimizar dicha manifestación artística con la restricción prevista en la ordenanza local (necesidad de la medida). Por estas razones, finalmente, el tribunal revocó la sentencia otorgando protección a la Primera Enmienda.

2.3.5.2. El baile erótico II²⁰¹:



Los locales para adultos *Kitty Kat, Inc.* y *Glen Theatre, Inc.* ubicados en la ciudad de *South Bend* fueron sancionados bajo una ley federal que prohibía presentar bailes totalmente desnudos al público y exigía el uso de prendas que cubran las zonas pudendas de los bailarines.

En los tribunales, se sostuvo que en estos establecimientos no se aceptaba el ingreso a menores de edad y que los espectadores concurrían voluntariamente. Además, la artista *Gayle Ann Marie Sutro* de *Glen Theatre, Inc.* manifestó haber bailado y modelado profesionalmente durante 15 años y que incluso había participado en teatros y películas, considerando que dicha represión era una afrenta a su derecho de libertad de expresión. En tal sentido, el

²⁰¹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991).

juez de apelación concluyó en que el baile desnudo constituía una conducta expresiva protegida constitucionalmente.

Después de 10 años, la corte encuentra un caso similar al analizado precedentemente para aclarar la relación existente entre la danza como conducta expresiva de vertiente artística y su protección a través de la libertad de expresión o Primera Enmienda. El juez ponente *Rehnquist*, en el desarrollo de sus argumentos para determinar si hubo o no una vulneración inadmisibles a la actividad artística, señaló que la danza o el baile al ser un comportamiento expresivo no verbal, incluido en la libertad de expresión, necesita de un interés público para justificar su limitación, el cual deberá tener las siguientes características: 1) Ser una facultad constitucional del gobierno; 2) Promover una finalidad importante o sustancial; 3) No estar relacionado con la supresión de la libertad de expresión; y, 4) Que la restricción incidental no sea mayor al grado de satisfacción que se busca con la consecución del interés sustancial. Es decir, se trata de someter la restricción *iusfundamental* a un escrutinio que guarda cierta similitud con el test de proporcionalidad.

En ese sentido, advirtió que la ley de decencia pública se encontraba dentro de las potestades del gobierno federal, cuyo propósito era proteger el orden social y la moral. Asimismo, la conducta expresiva de los bailarines desnudos no se veía privada plenamente con la referida ley, por cuanto solo se exigía cubrir las partes íntimas del artista, lo que implicaba que el mensaje erótico de sus movimientos no desaparecía sino que se hacía menos gráfico. En otras palabras, la ley de indecencia no afectaba el arte de bailar ni su mensaje erótico, sino solo la desnudez pública. Por tanto, toda vez que la restricción legal a la libertad de expresión era mínima en relación al interés sustancial protegido por el

Estado federal²⁰² se resolvió revocar la sentencia, declarando que dicha regulación no vaciaba de contenido a la libertad de expresión en su versión artística.

2.3.6. Poemas:

2.3.6.1. Poema del sexo²⁰³:

John Kois era editor de un periódico clandestino llamado «Kaleidoscope» que, en mayo de 1968, había publicado una historia sobre la detención de uno de sus fotógrafos por poseer material obsceno, acompañado de dos imágenes que muestran a un hombre y una mujer desnudos abrazándose.

Asimismo, en agosto de ese mismo año, publicó en su diario once poemas titulados «*Sex Poem*» («Poema del Sexo») que narraban los recuerdos de una relación sexual. Por estos hechos, el editor fue condenado a un año en el Reformatorio de Green Bay y al pago de una multa de \$ 1,000.00 dólares, por cada uno de los cargos, al haber vulnerado la Ley federal de Wisconsin que prohibía la difusión de material obsceno.

El juez *Stewart* analizó este caso a la luz de los criterios contenidos en *Roth v. United States* para determinar si efectivamente se trataba de obras obscenas. Sin embargo, luego de evaluar que las fotografías estaban vinculadas razonablemente con el artículo noticioso y que los poemas, por su redacción y no por el tema predominante, presentaban rasgos artísticos optó por revocar la sentencia emitida por los tribunales federales.

²⁰² Para los jueces *White, Marshall, Blackmun y Stevens* – quienes votaron en contra – el arte de bailar debe apreciarse en su conjunto, a fin de advertir que con la regulación de la desnudez no se afecta una mera conducta expresiva incidental, pues el mensaje emocional de los bailarines se intensifica no solo con los movimientos sino también a través de su vestimenta o sin ella. En rigor, se trata de admitir que la desnudez, en los artistas, juega un papel fundamental para la transmisión de sus ideas y pensamientos. Por otro lado, a criterio de los magistrados, pudo haberse valorado si existían otras medidas alternativas como aquellas vinculadas a limitar determinadas horas o lugares en los cuales se podrían ejercer estas actividades.

²⁰³ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Kois v. Wisconsin*, 408 U.S. 229 (1972).

Es importante resaltar que para resolver esta causa, la corte tomó en cuenta el grave impacto que tendría validar la sanción penal y económica impuesta por los tribunales de *Wisconsin* contra la libre difusión de ideas protegidas por la libertad fundamental de expresión garantizada en la Primera Enmienda, ya que ello diluye desproporcionadamente el debate político propio de un sistema democrático.

3. ALEMANIA:

3.1. La libertad artística como expresión de cultura:

La Ley Fundamental alemana tiene una regulación distinta al modelo colombiano y norteamericano sobre la materia, pues ha establecido que tanto la libertad de expresión como la de arte son autónomas y por ende manejan sus propias reglas.

El artículo 5.1 señala que toda persona goza del derecho a la libertad de expresión, de opinión, de prensa y de información, encontrando como límites los previstos en el artículo 5.2, referidos a otras leyes generales, la protección de la juventud y el derecho al honor. Por otro lado, la disposición 5.3 consagra la libertad artística, que reposa sobre la dimensión cultural del Estado y configura sus límites en la intangibilidad de la dignidad humana y otros bienes afines.

Peter HÄBERLE, conocido jurista alemán que ha construido una teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, considera que el derecho a la creación artística constituye una de las garantías fundamentales en un sistema de protección de derechos fundamentales y, por ello, una remisión genérica al derecho a la libertad de expresión, como ocurre en algunas constituciones, es insuficiente. El derecho a la creación artística merece una protección particular en un precepto concreto y deslindado de la libertad de expresión que se corresponda a la autonomía del arte y de los artistas²⁰⁴, los cuales se proyectan ante un escenario que disiente al funcionamiento tradicional de las instituciones con el objetivo de promover un cambio cultural, social y político.

²⁰⁴ HÄBERLE, Peter y Héctor LÓPEZ BOFILL. *Poesía y Derecho Constitucional. Una conversación*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2015, pp. 23 – 24.

Por ello, Klaus STERN sostiene que la Constitución no solo debe centrarse a garantizar mediante las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales un espacio de libertad frente al Estado, sino especialmente los valores culturales que subyacen en el contenido de sus disposiciones, tal y como lo representa la libertad artística, cuyo sentido y función invita a dejar libre de cualquier injerencia del poder público la formación de los procesos, de las relaciones y de las decisiones determinadas por consideraciones estéticas que residen en la autonomía del arte²⁰⁵.

3.2. Arte y colisión de derechos constitucionales:

El soporte cultural de la libertad artística otorga ciertas licencias al artista para expresar públicamente su arte, flexibilizando determinados valores o concepciones inherentes a diversos grupos de personas, en la medida que ello contribuye al proceso formativo, ético y crítico del pensamiento. Es entender que dentro de la pluralidad de ideas, no pueden eliminarse las minoritarias, sino – más bien – optimizar su preservación para que coexistan en una convivencia pacífica.

Sin embargo, a pesar de dicha flexibilización, la autonomía de la libertad artística contenida de forma incondicionada en la Ley Fundamental, suscita varias controversias en materia de colisión con otros derechos fundamentales y con otros principios constitucionales. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional alemán ha efectuado un desarrollo notorio sobre el tema en ciernes, que va desde cómo identificar al arte y sus manifestaciones hasta aplicar el test de proporcionalidad para establecer un orden de preferencia en el caso concreto²⁰⁶.

El test de proporcionalidad alemán, como ya se ha desarrollado en anteriores ocasiones, es el mismo que ha sido recogido por el TC peruano y la doctrina nacional. Es decir, consiste en someter la medida restrictiva al examen de los subprincipios de idoneidad (mandato de adecuación), necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de la

²⁰⁵ Cfr. STERN, Klaus. «Los valores culturales en el Derecho Constitucional Alemán». En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. España: Núm. 8, 2004, pp. 570 – 571. Consulta: 10 de enero de 2017. <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50731/30955>>

²⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 137.

ponderación propiamente dicho)²⁰⁷, conforme se apreciará en los siguientes casos propuestos.

3.3. La libertad artística en la jurisprudencia alemana:

3.3.1. La novela «Mephisto»²⁰⁸:

El hijo adoptivo y único heredero del actor y director *Gustaf Gründgens* interpuso un recurso de amparo contra la reproducción y difusión de la novela «*Mephisto: Roman Einer Karriere*» («Mephisto: La novela de una carrera») de *Klaus Mann*, por afectar el honor y la memoria de su finado padre.

La novela que, en realidad era la historia de la vida de *Gustaf Gründgens*, describe los presupuestos psíquicos, espirituales y sociológicos que hicieron posible el ascenso del actor *Hendrik Höfgen* en su carrera artística, al olvidar sus convicciones políticas y éticas para firmar un pacto con los detentadores del poder en la Alemania nacionalsocialista.



El caso *Mephisto* es quizá la sentencia más paradigmática en lo que se refiere a la conceptualización de la libertad artística, pues su influjo hacia América Latina fue acogido por la Corte Constitucional de Colombia al resolver su *leading case* en 1996 sobre la materia.

En efecto, el tribunal parte por reconocer que la libertad artística es un derecho autónomo que no puede estar sometido a las reglas de la libertad de expresión. De ahí que esta premisa implicará lo siguiente: 1) La interpretación constitucional al concepto artístico viene delimitado esencialmente por la cultura; 2) La actividad artística se estructura libremente en base a la creatividad, que recrea impresiones, experiencias y vivencias del artista, mediante el empleo de una forma determinada de lenguaje (verbal y no verbal); 3) No está sujeta a una interpretación

²⁰⁷ ALEXY, Robert. *Óp. Cit.*, p. 92.

²⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 30, 173 [Mephisto], del 24 de febrero de 1971.

restrictiva del concepto de arte; 4) Se trata de un derecho fundamental especial, cuyas restricciones no se compatibilizan con las inherentes a la libertad de expresión; y, 5) No se encuentra limitada por los derechos de los otros, el orden constitucional y las buenas costumbres.

Sin embargo, ello no significa que estemos ante un derecho absoluto, dado que por su propia naturaleza *iusfundamental* se contrae al hecho de concebir al ser humano como una personalidad responsable de sí misma, que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social. En consecuencia, al encontrarse sometida a un sistema de valores, la libertad artística puede entrar en tensiones con la dignidad humana como valor supremo por excelencia, pues si bien la libertad del arte muestra resistencia frente a la crítica y los actos que pretenden limitarla; la dignidad de las personas exige el respeto ante cualquier humillación o acto degradante, e incluso, honrar la memoria después de la muerte.

Así, para dirimir el presente caso, el tribunal tomó en cuenta que el arte como expresión de una realidad estética (muchas veces deformada), también tiene repercusiones sociales que deben ser cauteladas. Por ello, verificó si la representación artística era una versión autónoma del sujeto retratado y, si el tratamiento artístico afectaba o no la memoria de la persona.

Finalmente, toda vez que en la trama el personaje *Höfgen* era identificado con el difunto actor *Gründgens* de una forma negativa y falsa, la corte coincidió con el criterio del tribunal de apelación y no permitió mancillar su dignidad mediante la difusión de la obra, inclinándose a amparar la demanda y, por consiguiente, la limitación de la libertad artística.

3.3.2. El teatro callejero²⁰⁹:

Durante la campaña electoral de 1980, los opositores políticos del ministro bávaro y candidato del partido conservador CDU/CSU, *Franz Josef Strauß*, decidieron organizar un teatro en la calle titulado «Un tren para salvar la

²⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 67, 213 [Der Anachronistische Zug], del 17 de julio de 1984.

patria o la libertad y la democracia», cuyo guion se elaboró en base al poema de *Berthold Brecht* denominado «El tren anacrónico, o libertad y democracia».

Esta representación teatral satírica – acompañada por títeres, marionetas, carteles, disfraces y personajes pintorescos – consistía en el paso de un tren con diversos vagones temáticos sobre política («libertad y



democracia», «miembros del Tribunal del Pueblo», «plagas de la compra», son los nombres de algunos de ellos), dentro de los cuales en el último carruaje aparecía el líder político *Franz Josef Strauß* enmascarado junto con 6 líderes nazis que representaban la opresión, la lepra, el engaño, la estupidez, el asesinato y el robo.



Un fragmento del guion de la obra que da cuenta de su cariz político y lo controvertido de la puesta en escena con el ex ministro, fue descrito con el siguiente tenor: «*El carácter de la batalla, así como la forma en que es probable que termine (la política que busca las “ventajas” del fascismo hitleriano sin revelar sus perjuicios es imposible, solo conduciría a una catástrofe aún mayor), debe llevarse a cabo teniendo lugar la batalla entre una persona que lleva la máscara de Strauß y figuras que se mueven de un modo mecánico como máquinas, es decir, por figuras que pueden esperar que continúen surgiendo incluso cuando Strauß hace todo lo posible para demostrar que él es mejor que ellas.*».

Frente a estos hechos, los tribunales federales declararon que tanto los organizadores como el artista de la obra de teatro habían cometido el delito de difamación en contra de *Josef Strauß*, condenándolos a una multa dineraria como resarcimiento.

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán, siguiendo con lo resuelto en el caso *Mephisto*, sostuvo que la garantía de la libertad artística no puede interpretarse bajo valoraciones restrictivas del término «arte» ni por interpretaciones extensivas o analógicas de las cláusulas limitativas aplicables para otros derechos (como el artículo 5.2 de la Constitución que establece a la protección de la juventud y el derecho al honor personal como límites a la libertad de expresión). Por ello, si bien los intentos en definir dicho concepto o elaborar una teoría del arte, tanto por artistas o juristas, han sido infructuosos, sí se puede considerar como presupuesto básico que una característica especial de la vida artística es la vanguardia, esto es, la búsqueda por ampliar las fronteras del arte. Este objetivo, así como una desconfianza generalizada por parte de los artistas y teóricos del arte contra las formas rígidas y las convenciones estrictas, son rasgos inherentes del campo del arte merecedor de respeto, lo que indica que una definición amplia del arte puede conducir a soluciones razonables²¹⁰.



En esa medida, resulta importante la emisión de esta sentencia por cuanto fija parámetros para determinar qué manifestaciones, expresiones o actividades pueden ser catalogadas como artísticas y, por ende, exigir tutela constitucional de parte del Estado. De ahí que, sin la necesidad de identificar o cualificar al sujeto activo del derecho (artista), sino el ámbito objetivo de su actividad (obra de arte), la corte consideró que en el caso concreto, el teatro de la calle, era una actividad artística protegida por el artículo 5.3 de la Constitución, porque satisfacía los siguientes criterios: 1) Ser una composición creativa libre en la que las

²¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 67, 213, 30.

impresiones y las experiencias del artista fueron concebidas directamente por medio de un cierto lenguaje; y, 2) Ser un entrelazamiento de procesos intencionales y no intencionales, que no pueden ser descifrados racionalmente. En el primer punto, la intuición, la fantasía y el sentido artístico trabajan juntos en la creatividad, como una verdadera expresión directa de la personalidad individual del artista; mientras que la segunda, entra a tallar con la pluralidad de interpretaciones que encierra el mensaje del artista, tal como sucedió a través de la connotación política del teatro o su crítica vertida a la coyuntura electoral.

Finalmente, en cuanto a la vulneración del derecho a la personalidad reclamado por el ministro, el tribunal estimó necesario que para declarar tal menoscabo era indispensable tener una visión de la obra en su totalidad y no por partes aisladas. Por lo que, advirtiendo que el teatro mostraba una representación simbólica de personajes variopintos y pancartas, en donde se mostraba en el último vagón del tren al político *Josef Strauß* confundiendo entre diversos nazis (pluralidad de interpretaciones en relación a su posición partidaria), resolvió declarar la nulidad de las decisiones federales por afectar la libertad artística en perjuicio de los organizadores y artistas.

3.3.3. El cerdito político²¹¹:

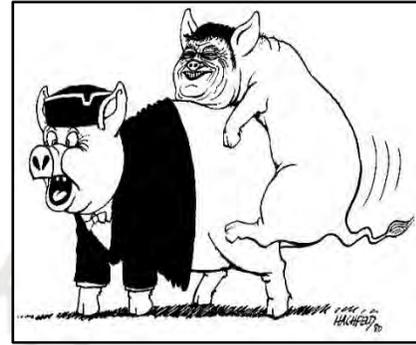
Se había publicado en la revista «*Konkret*» varias caricaturas sobre el ministro bávaro *Franz Josef Strauß* que lo representaban con la apariencia de un cerdo manteniendo relaciones sexuales. En la primera caricatura, se mostraba al cerdo copulando sobre otro vestido de juez; en la segunda, aparecían varios cerdos realizando diversas actividades sexuales, y en la tercera se encontraban más cerdos con indumentaria judicial y practicando las cópulas sexuales. El título del primer dibujo decía: «La sátira puede hacer cualquier cosa: ¿*Rainer Hachfeld*²¹² también?» El segundo título expresaba: «¿Qué dibujo es el correcto, por fin, señor Fiscal?» El tercer

²¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 75, 369 [Strauß Karikatur], del 03 de junio de 1987.

²¹² Este personaje era el nombre del caricaturista.

dibujo venía precedido de una carta que reclamaba retratar más cerdos porque el ministro iba a tener bastante actividad. Por estos hechos, el caricaturista fue condenado por difamación contra el referido político, imponiéndole una multa de 100 días de sueldo respecto de cada uno de los dibujos.

El Tribunal Constitucional alemán continuó empleando el mismo criterio de sus anteriores sentencias para determinar si las caricaturas constituyen actividades artísticas pasibles de protección por el artículo 5.3 de la Constitución. En ese sentido, consideró



que tales dibujos eran una acción creativa libre e impregnada de impresiones y experiencias exhibidas por el artista, por lo que el hecho de expresar una opinión controvertida no la descalifica para buscar tutela constitucional.

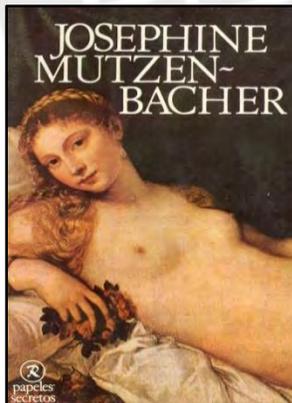
Por otro lado, resaltó que el uso de la sátira en el mundo de las caricaturas constituye parte estructural de esta clase de género artístico, basado por antonomasia en las exageraciones, distorsiones y distanciamiento del personaje u objeto original. Por ello, la evaluación judicial para estos casos deberá separar la connotación satírica de la palabra y la imagen con el contenido mismo de la caricatura, es decir analizar de forma separada si tanto el ropaje satírico como el mensaje del dibujo contienen una expresión que muestre desprecio por la persona caricaturizada. Esto, desde luego, coadyuva a tener en cuenta parámetros de apreciación diferentes y, por lo general, menos estrictos cuando se discute sobre las formas utilizadas, que cuando se indaga por el contenido.

Bajo el amparo de tales premisas, la corte manifestó que los tribunales locales habían evaluado adecuadamente el presente caso, estableciendo al derecho al honor como límite a la libertad artística del caricaturista, debido a que si bien el personaje caricaturizado era un actor político expuesto a la

constante crítica, se le había asociado con la forma y naturaleza de un animal manteniendo relaciones sexuales que trastocaron su esfera íntima. Así, dichas conductas retratadas gráficamente, más los actos de bestialidad vinculados con la justicia, había afectado la dignidad del ministro *Strauß* como persona. Por tanto, el artista se había excedido en los límites razonablemente permitidos en la difusión de su caricatura, toda vez que en el núcleo del honor personal protegido por el artículo 1.1 de la Constitución existe siempre una afectación grave al derecho de la personalidad.

Lo relevante en la sentencia reside en diferenciar las formas y el contenido del objeto artístico, con el fin de sustentar una decisión que propenda un equilibrio de los derechos en juego. Aquí, no bastó identificar al personaje político como un cerdo copulador, sino que adicionalmente se transmitió el mensaje que aquel manejaba el aparato judicial. Son estos presupuestos los que motivaron a poner límites a la libertad artística, frenar su irreverencia y relajar los amplios márgenes de crítica a un personaje público vinculado a la esfera política.

3.3.4. La prostituta vienesa²¹³:



En 1978 se había publicado la novela «*Josephine Mutzenbacher*» que narra la historia de una prostituta vienesa y recreaba temas sobre la prostitución infantil, la promiscuidad, los incestos y diversas formas de sostener relaciones sexuales. Esta difusión literaria dio mérito a que en virtud de la Ley contra la Obscenidad se conforme una comisión de inspectores federales – designada por el Ministerio de la Juventud, la Familia y la Mujer – con el fin de determinar el impacto de la obra en los niños, niñas y adolescentes.

Como resultado de tal análisis, dispusieron que la mencionada novela sea colocada en una lista especial o indexada a un catálogo que prohíba su

²¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 83, 130 [Josephine Mutzenbacher], del 27 de noviembre de 1990.

acceso para menores de edad, dado el grave peligro de ocasionarles perjuicios morales. Mandato que, posteriormente, fue convalidado por los tribunales federales considerando su alto contenido pornográfico.

Para la resolución del caso, el Tribunal Constitucional acogió los criterios jurisprudenciales precedentes sobre el arte, entendiendo que – al ser una expresión de vida del artista – no se encuentra sometido a un estilo o contenido determinado, caracterizándose más bien por mostrar un número abierto de interpretaciones, como podría ser el hecho de brindar una respuesta educativa a la represión de la sexualidad. En consecuencia, señaló que el contenido pornográfico de la obra no podía restarle naturaleza artística, por lo que una novela de este tipo también puede hallarse protegida por la libertad artística contenida en el artículo 5.3 de la Constitución alemana.

En esa medida, a pesar de ser una libertad incondicionada y de amplio ejercicio, la corte admitió que su proyección se encuentra limitada por la defensa de otros bienes constitucionales, como la protección de los menores y el derecho de estos a no recibir una educación distorsionada.

Por tanto, toda vez que la indexación de la novela constituye una restricción a la libertad artística, resulta necesario aplicar el test de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la medida. De ahí que, si bien dicha limitación tiene por finalidad resguardar el derecho de los niños, niñas y adolescentes de cualquier efecto negativo que impida desarrollar su personalidad (artículo 1.1 concordado con el artículo 2.1 de la Constitución), no existe evidencia científica e información de expertos que permitiera sustentar ese nexo de causalidad que justifique la medida. Además, en aras de la libertad artística, deberá tomarse en cuenta la relevancia del producto artístico para ponderar que el arte – independientemente de su contenido – forma parte del proceso de aprendizaje de los menores y que no debe ser desatendido por el Estado. Por estas razones, se declaró fundada la demanda y dejó sin efecto la decisión de la Junta de Revisión Federal.

3.3.5. El rapero plagiador²¹⁴:

Los demandantes son compositores de un tema de hip hop que fue publicado en 1997. En esa producción emplearon la técnica del sampleo²¹⁵ proveniente de la canción «*Metall uf Metall*» (disco «*Trans Europa Express*») del grupo electrónico *Kraftwerk*.



En un primer momento, la banda *Kraftwerk* había ganado una demanda por los derechos de autor de su música, obteniendo de parte del órgano jurisdiccional el pago de una indemnización y el reconocimiento sobre los derechos de su pieza musical

bajo la Ley de Propiedad Intelectual. Es en base a este contexto, que los demandantes interpusieron sus demandas respectivas aduciendo que los pronunciamientos judiciales a favor de aquella banda vulneraban su derecho fundamental a la libertad artística.

Al respecto, la corte analizó si la protección de los derechos de autor justificaba la restricción a la libertad artística de los recurrentes. Así, según el tribunal las secuencias musicales a través de la técnica del sampleo son expresiones de arte que merecen ser evaluadas de manera especial a la



luz de los derechos de autor, ya que a pesar de ser un derecho fundamental inmaterial también puede estar sujeto a limitaciones.

Por ello, consideró que la fusión de sonidos mediante el sampleo no significa un plagio del artista, sino que haciendo ejercicio de su plena y absoluta libertad de creación artística transforma esas notas musicales en

²¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. BVerfGE 1585, 13 [Sampling], del 31 de mayo de 2016.

²¹⁵ El sampleo o muestreo es el procesamiento de sonidos derivados de diferentes fuentes musicales que generan una nueva pista musical.

una composición distinta a la originaria, tal y como acontece con la tradición musical del género hip hop.

Asimismo, en la balanza ponderativa, la corte indicó que la protección de la libertad artística podría ser garantizada en la medida que implique una afectación mínima a los derechos del autor, lo cual acaeció en los hechos del caso con el uso del muestreo por breves segundos de la composición original. De esta forma, se procuró fomentar el desarrollo de las artes mediante la difusión de la cultura, como deber del Estado, y respetar la rentabilidad del autor de su obra para no ser víctima indiscriminada de la copia.

En suma, se ampliaron los alcances tuitivos de la libertad artística sobre los derechos de autor, admitiendo en vía de excepción el libre uso de los fonogramas solo para fines artísticos, con el fin de fortalecer el desarrollo cultural y no reprimir las expresiones de arte urbano.

4. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

4.1. La libertad de expresión artística en el CEDH: «El Test Europeo»

Como se ha sostenido en el primer capítulo, la libertad de expresión artística se encuentra recogida implícitamente en el artículo 10º de la CEDH, la cual reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, que a su vez comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas. Sin embargo, a pesar que el TEDH²¹⁶ manifiesta que la libertad de expresión en general – y por supuesto la artística – constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una condición básica para el progreso y desarrollo del hombre, al punto de proteger no solo las ideas que son recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, chocan o perturban al Estado y a cualquier sector de la población, admite también la necesidad de salvaguardar otros bienes jurídicos fundamentales en la medida que la restricción impuesta resulte proporcional al fin legítimo perseguido.

²¹⁶ TEDH, *case Handyside v. The United Kingdom*, 07 de diciembre de 1976, párrafo 49.

En efecto, el numeral 2) del artículo 10º de la CEDH prevé expresamente que el ejercicio de estas libertades podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Así pues, son estas restricciones jurídicas a la libertad de expresión artística, las que hacen necesario llevar a cabo un ejercicio de ponderación para determinar si en un caso concreto corresponde o no proteger otros bienes fundamentales distintos a aquella. Es decir, aplicar el conocido test de proporcionalidad, el cual denominaremos por efectos didácticos en este acápite «Test Europeo», considerando las singularidades diseñadas por el TEDH.

4.1.1. Presupuestos:

El método de interpretación aplicado por el TEDH mediante el «Test Europeo» en las restricciones y/o limitaciones a las libertades comunicativas se ciñe a los siguientes pasos progresivos y preclusivos:

4.1.1.1. Previsión legal:

Para Antonio MAGDALENO²¹⁷, el TEDH se ha centrado más en la calidad de la norma que en su aspecto formal, por cuanto solo exige dos requisitos para considerar que una injerencia a la libertad de expresión se encuentra prevista por ley: la accesibilidad y la previsibilidad. La primera cuestión hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible, esto implica que el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso²¹⁸, mientras que la segunda implica que

²¹⁷ Cfr. MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio. *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados, Serie IV: Monografías Núm. 66, 2006, p. 280.

²¹⁸ TEDH. *Case The Sunday Times v. The United Kingdom*, 26 de abril de 1979, párrafo 49.

el Derecho interno aplicable debe estar formulado con la precisión suficiente como para permitir a las personas afectadas – si es necesario con la asesoría pertinente – prever, hasta un grado razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que pueden resultar de un acto determinado²¹⁹.

4.1.1.2. Finalidad legítima:

Se dice que la intervención *iusfundamental* tendrá una finalidad legítima cuando calce en uno o más de los enunciados expuestos en el referido numeral 2 del artículo 10° de la CEDH, tal y como sucedió en el caso *Müller v. Suiza* (1988) con la preservación de la moral pública²²⁰, *Wingrove v. United Kingdom* (1996) en el resguardo del derecho de terceros²²¹, *Grigoriades v. Greece* (1997) con la seguridad nacional²²², *Karatas v. Turkey* (1999) en la conservación de la integridad territorial y la prevención del delito²²³, *Ortegi Mondragón v. España* (2011) con la protección de la reputación o de los derechos ajenos²²⁴, entre otros.

Además de ello, tendrá que observarse en todo momento que tales conceptos no deban ser empleados con fines discriminatorios²²⁵ y en estricta limitación a ellos²²⁶.

4.1.1.3. Necesidad para una sociedad democrática:

El presupuesto de necesidad para una sociedad democrática se compone esencialmente de dos aspectos: la necesidad de la injerencia y su proporcionalidad²²⁷. El primero, en tanto la

²¹⁹ TEDH. *Case Olsson v. Sweden*, 24 de marzo de 1988, párrafo 61.

²²⁰ TEDH. *Case Müller y otros v. Suiza*, 24 de mayo de 1988, párrafo 30.

²²¹ TEDH. *Case Wingrove v. The United Kingdom*, 25 de noviembre de 1996, párrafo 48.

²²² TEDH. *Case Grigoriades v. Greece*, 25 de noviembre de 1997, párrafo 41.

²²³ TEDH. *Case Karatas v. Turkey*, 08 de julio de 1999, párrafo 44.

²²⁴ TEDH. *Case Ortegi Mondragón v. España*, 15 de marzo de 2011, párrafo 47.

²²⁵ **Artículo 14.-** El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

²²⁶ **Artículo 18.-** Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

²²⁷ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio. *Óp. Cit.*, p. 281.

restricción se justifique en una *necesidad social imperativa del Estado*²²⁸, que al no ser sinónimo de «indispensable», «absolutamente necesario», «estrictamente necesario», «admisible», «ordinario», «razonable» o «deseable»²²⁹, colocará a los Estados Contratantes en una mejor posición para definir el criterio de «necesidad» a través de su «margen de apreciación».

Respecto a la proporcionalidad, el TEDH buscará un equilibrio entre la restricción en el derecho fundamental y los fines y valores perseguidos. Por eso esta medida exige la comprobación de que las ventajas que se obtienen con la injerencia en el derecho fundamental compensan los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general²³⁰, entendida en un marco de pluralismo, tolerancia y de espíritu abierto²³¹.

4.1.2. Margen de apreciación:

4.1.2.1. Concepto:

La doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH puede ser definida como aquel espacio de maniobra o «*the breadth of deference*», esto es, el grado de deferencia que se reconoce a los Estados Partes en el cumplimiento de las obligaciones internacionales²³². De esta manera, atendiendo al carácter subsidiario de la competencia contenciosa del TEDH²³³, se reservará al Estado cierto espacio hermenéutico frente a los

²²⁸ TEDH. *Case I.A. v. Turkey*, 13 de setiembre de 2005, párrafo 26.

²²⁹ TEDH. *Case Handyside v. The United Kingdom*, 07 de diciembre de 1976, párrafo 48.

²³⁰ SERRANO MAÍLLO, Isabel. «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles». En: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. UNED, Núm. 28, 2011, p. 584.

²³¹ TEDH. *Case Parti communiste unifié de Turquie v. Turkey*, 30 de enero de 1998, párrafo 43.

²³² Cfr. SANCHEZ-MOLINA, Pablo. «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)». En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid: UC3M, N° 9, octubre 2015-marzo 2016, p. 226. Consulta: 20 de setiembre de 2016.

<<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3073/1771>>

²³³ TEDH. *Case Handyside v. The United Kingdom*, 07 de diciembre de 1976, párrafo 48.

derechos humanos, limitado por las prescripciones establecidas tanto a nivel interno como a nivel internacional²³⁴.

4.1.2.2. Límites:

A pesar de las críticas en la pertinencia de la aplicación del margen de deferencia, el TEDH ha ido perfilando los contornos de dicha potestad, de acuerdo a la naturaleza de las cuestiones y la importancia de los intereses en juego²³⁵. Así, será mayor cuando se limita un derecho con el objeto de preservar la moral, el orden público o la seguridad nacional, dado que sobre estos es más difícil encontrar un concepto común o consenso mínimo en las legislaciones entre los Estados miembros.

Por el contrario, el control del TEDH es particularmente intenso en dos supuestos. En primer lugar, cuando el objetivo perseguido por la limitación es susceptible de ser definido a la luz del texto del Convenio, como por ejemplo, la imparcialidad del poder judicial o el derecho al respeto a la vida personal y familiar (artículos 6° y 8°, respectivamente), o porque existe una percepción común europea sobre la cuestión. En segundo lugar, también se reducirá notablemente el margen de apreciación cuando se enjuician restricciones que pudieran afectar a las funciones sociales de la libertad de expresión en las sociedades democráticas²³⁶.

4.1.3. El «Test Europeo» y su relación con el «Test de Proporcionalidad»:

Luego de conocer los alcances del Test Europeo y su utilidad metodológica para resolver las controversias entre derechos fundamentales enfrentados, conviene establecer algunas semejanzas y diferencias con el test de proporcionalidad desarrollado por nuestro TC, a fin de comprender el

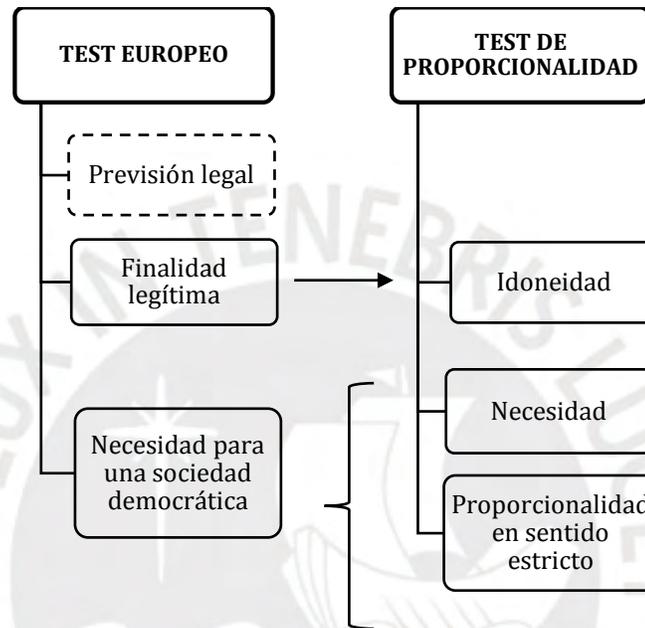
²³⁴ BARBOSA DELGADO, Francisco. *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 92.

²³⁵ TEDH. *Case Pretty v. The United Kingdom*, 29 de abril de 2002, párrafo. 70.

²³⁶ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio. *Óp. Cit.*, p. 282.

razonamiento de los jueces de la Corte de Estrasburgo en los casos donde se discutió el ejercicio de la libertad de expresión artística.

Visto de ese modo, y atendiendo a las definiciones desarrolladas anteriormente, las relaciones entre ambos procedimientos pueden establecerse con el siguiente esquema:



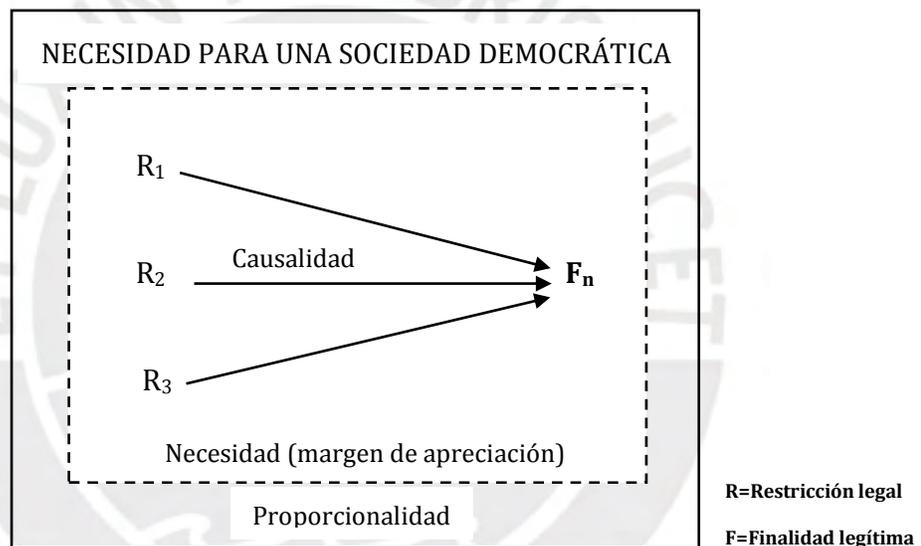
Haciendo un parangón entre ambos métodos, puede observarse que dentro del Test Europeo, el criterio de previsión legal de la medida restrictiva se encuentra en un momento anterior al inicio y desarrollo del ejercicio de ponderación, habida cuenta que se trata de un filtro de legalidad que ubica al hecho lesivo y que puede provenir de fuente escrita o no escrita²³⁷, según la tradición jurídica europea. Similar a lo que acaece con la doctrina de la reserva de ley como garantía para la intervención en los derechos fundamentales²³⁸.

²³⁷ TEDH. *Case The Sunday Times v. The United Kingdom*, 26 de abril de 1979, párrafo 47.

²³⁸ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Óp. Cit., p. 661. Además, se sugiere revisar la Opinión Consultiva OC-6/96, del 09 de mayo de 1986, a través de la cual la Corte Interamericana señala que la palabra «ley» significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

Dicho esto, corresponde mencionar que la revisión de la finalidad legítima en la restricción *iusfundamental* se identifica con el examen de idoneidad, por cuanto se orienta a proteger determinados derechos, valores o bienes jurídicos trascendentes para la ordenación de una sociedad, bajo una relación de causalidad, es decir, analizando si el hecho lesivo se adecúa al fin que se desea alcanzar.

Por su parte, el criterio de necesidad para una sociedad democrática proclamado por el TEDH permite realizar los juicios de necesidad y proporcionalidad en su conjunto, pero respetando elementos socio-políticos propios de cada nación.



Así pues, la corte podrá analizar si la medida restrictiva fue o no la menos lesiva así como proporcionada para alcanzar la finalidad legítima²³⁹, optando por expandir o contraer el margen de deferencia nacional en función al contexto social heterogéneo que presenta cada Estado signatario a la CEDH.

Es importante tener en cuenta que aun cuando se haya equiparado cada examen del Test Europeo con los sub principios del test de proporcionalidad, no puede hablarse de una compatibilidad pura, puesto

²³⁹ TEDH. *Case Young, James and Webster v. The United Kingdom*, 13 de agosto de 1981, párrafo 63.

que el grado de intensidad con el que se aplique el margen de apreciación nacional generará ciertos matices al momento de analizar la idoneidad, necesidad o proporcionalidad *in strictu sensu* del acto que restringe el ejercicio de la libertad de expresión artística, conforme se irá precisando en los casos prácticos abordados en el siguiente apartado.

4.2. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia del TEDH:

4.2.1. El pintor de arte obsceno²⁴⁰:

El pintor Josef Félix Müller presentó tres cuadros titulados «*Drei Nächte, Drei Bilder*» («Tres Noches, Tres Imágenes») en la exposición de arte contemporáneo de Friburgo «*Fri-Art 81*», organizado por un grupo de artistas. Sin embargo, a raíz de una denuncia efectuada por un visitante, el juez de instrucción ordenó retirar y, posteriormente, incautar sus obras, considerando que retrataban un conjunto de imágenes sobre sodomía, bestialidad, felación y masturbación, cuya obscenidad contravenía el Código Penal suizo.



El TEDH había advertido que según el ordenamiento interno suizo, la exhibición de objetos obscenos preveía como sanción la destrucción de los mismos. En ese sentido, señaló que en el presente caso el bien objeto calificado como obsceno consistía en una obra de arte, motivo por el cual estableció que para resolver la controversia era necesario analizar la dicotomía entre el interés moral y el interés cultural, propio de la libertad de expresión artística. Por ello, admitiendo que el interés cultural no elimina necesariamente el carácter obsceno de un objeto, estimó necesario emplear algunos criterios que permitan restringir legítimamente el

²⁴⁰ TEDH. *Case Müller y otros v. Suiza*, 24 de mayo de 1988.

ejercicio de la libertad de expresión artística, bajo un marco de razonabilidad y proporcionalidad.

Si bien para el TEDH, el denunciante había sufrido una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de su libertad de expresión artística con la condena económica dictada por las cortes penales ascendente a 300 francos suizos y la medida de secuestro de sus lienzos, al ser calificados como obscenos²⁴¹, consideró que dichas medidas eran adecuadas para proteger la moral pública y los derechos ajenos, invocados por un padre de familia y su hija en calidad de visitantes.

Asimismo, en cuanto a la necesidad de esas medidas para un Estado democrático, el TEDH entendió que la actuación de los órganos jurisdiccionales de Suiza se basó en una exigencia social imperiosa (examen de necesidad) que le permitió analizar en una mejor posición sobre la pertinencia de salvaguardar la moral en su contexto así como los derechos de terceros; por lo que apreciando los cuestionados cuadros – y aceptando que la moral sexual se mantiene en constante cambio – sostuvo que razón no le faltó a los tribunales internos para considerar que los lienzos mostraban a la sexualidad en sus formas más crudas.

Finalmente, sobre la medida de secuestro, el TEDH añadió que se buscaba como finalidad alejarlo de la vista del público, por tanto al haber optado por un *minimum* necesario, es decir la incautación y no la destrucción de los cuadros, se satisfizo el criterio de proporcionalidad, y en consecuencia resolvió que no se había vulnerado el derecho a la expresión artística en perjuicio del artista.

Esta sentencia constituye el primer hito jurisprudencial desarrollado por el TEDH que hace referencia a las actividades artísticas como una de las manifestaciones en las que discurre la libertad de expresión. A partir de

²⁴¹ Son obscenos los objetos u obras que hieren de manera difícilmente admisible la decencia sexual; sus efectos pueden ser una excitación de los instintos sexuales de una persona de reacciones normales o un sentimiento de desagrado o rechazo. *Vid.* Apartado 20 de la sentencia.

este importante pronunciamiento – pero no por ello exento de críticas – se edificará una base argumentativa de cara a las experiencias posteriores.

El caso *Müller* se ubicó en una etapa del TEDH caracterizado por la aplicación rígida del margen de apreciación nacional, puesto que en lugar de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista, se autolimitaba si la solución adoptada en sede interna tenía la razonable apariencia del buen derecho²⁴².

Lo trascendental del conflicto fue que para la corte, las expresiones artísticas si bien poseen una finalidad cultural y gozan de cobertura bajo la libertad de expresión, no tienen un ejercicio pleno e indiscriminado. Por tanto, podrán ser equilibrados en aras de salvaguardar otros bienes jurídicos relevantes para mantener una sociedad democrática. No obstante ello, en esta controversia el TEDH asumió una postura crítica de los elementos obscenos contenidos en las pinturas y por ende aceptó – sin resquicio alguno – el margen de apreciación que emplearon los tribunales suizos para convalidar la injerencia a la libertad de expresión del artista basados en la moral pública²⁴³. En tal sentido, para el alto tribunal, tanto la multa como el secuestro de las pinturas eran medidas idóneas para garantizar el orden público en suiza, concepto que por su propia naturaleza privilegiaba al Estado en el conocimiento del mismo, convirtiéndolo – a su vez – en un límite material para que dicho órgano supranacional evalúe la necesidad y proporcionalidad del acto lesivo.

Con ese análisis, el TEDH dejará sentado una especie de regla referida a que el grado de satisfacción de la libertad de expresión artística será menor cuando se pretenda custodiar la moral pública (en el plano sexual específicamente), *máxime* si estos tienen cierto impacto en la niñez y la

²⁴² Cfr. GARCÍA ROCA, Javier. «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración». En: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. UNED, Núm. 20, 2007, p. 124.

²⁴³ El juez *Spielmann*, en su opinión discrepante contra la presente sentencia en mayoría, mostró su preocupación al señalar la necesidad de establecer límites a este concepto, de lo contrario muchas de las garantías establecidas por el CEDH correrían el peligro de quedarse en letra muerta.

adolescencia, lo que se traduce en un mayor espacio de libertad para los Estados en el empleo de sus mecanismos de protección.

Al respecto, consideramos que esa preferencia hacia otros bienes no puede ser asumido como un dogma o aplicarse de forma aritmética en cada caso, pues requiere de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad que procure la máxima optimización de los derechos en juego, de tal forma que sean armonizados para la consecución del objeto o finalidad legítima en función de los elementos concomitantes que la propia casuística demande, como son la exposición de arte temático para un auditorio afín, el establecimiento de determinadas restricciones para el ingreso del público en general o eventualmente el retiro a otra sala del objeto controvertido, mas no su destrucción.

4.2.2. La película blasfema²⁴⁴:

La asociación *Otto-Preminger-Istitut (OPI)* había anunciado la proyección de la película «*Das Liebeskonzil*» («*Concilio de los Cielos*»), escrita por *Oskar Panizza*²⁴⁵ y dirigida por *Wener Schroeter*²⁴⁶. Para este fin, previamente entregó boletines informativos a sus miembros sobre el contenido de la película, el cual proyectaba una historia satírica sobre la religión católica, y estableció un pago por el boleto de entrada así como una prohibición en el ingreso de menores de 17 años.

Sin embargo, a petición de la diócesis de *Innsbruck* de la Iglesia Católica Romana, la fiscalía aperturó un proceso penal en contra del Gerente de OPI por ofender los credos religiosos, y luego que el juez presenciara el filme en una sesión privada, se prohibió también la exhibición abierta, ordenando posteriormente su incautación.

²⁴⁴ TEDH. *Case Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 de setiembre de 1994.

²⁴⁵ El escritor publicó dicha obra en 1894, y al siguiente año fue declarado culpable por el Tribunal Penal de *Múnich (Schwurgericht)* de «crímenes contra la religión» y condenado con prisión efectiva. *Vid.* párrafo 20.

²⁴⁶ La película retrata al dios de la religión judía, la religión cristiana y la religión islámica como un anciano senil postrándose ante el diablo, con el que intercambia un beso profundo y lo llama su amigo. Otras escenas muestran un cierto grado de tensión erótica entre la Virgen María y el diablo. Por su parte, el adulto Jesucristo es retratado como un retrasado mental y en una escena se muestra tratando de acariciar y besar los pechos de su madre. *Vid.* párrafo 22.

El TEDH, al evaluar el caso a la luz de la Convención Europea, encontró un conflicto *iusfundamental* entre la libertad religiosa y la libertad de expresión artística. Por ello, aplicando el test de ponderación, señaló que la



interferencia a esta libertad fundamental era adecuada para proteger el derecho de terceros a no ser insultados en sus sentimientos religiosos por las expresiones públicas contenidas en las opiniones de otras personas.

Respecto al juicio de necesidad resaltó que si bien toda información o idea contribuye al desarrollo de una sociedad democrática, debe admitirse que los detentadores de tal derecho tienen la obligación de evitar en la medida de lo posible aquellas expresiones que son ofensivas a los demás y que no coadyuvan a ningún tipo de debate capaz de promover el progreso de los derechos humanos. De ahí que al no poder configurar una moral para toda Europa en asuntos religiosos, el TEDH dejó un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales en la materia.

En ese sentido, el alto tribunal hizo suyo los argumentos del Estado pues al momento de los hechos se trataba de una necesidad social imperiosa garantizar la paz en la esfera religiosa, pues el 78% de la población de Austria era católica, y en el caso de la localidad de Tirol – lugar donde se iba a proyectar la película – se ascendía al 87%. Por consiguiente, el TEDH declaró que no hubo violación a la libertad de expresión por parte de las autoridades gubernamentales de Austria.

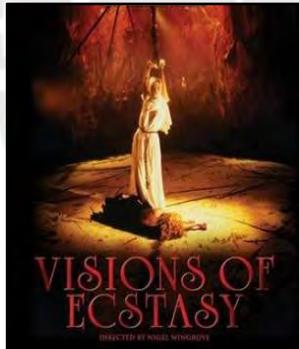
Como se ha anotado, al aplicar el test de proporcionalidad para resolver la controversia en ciernes, la corte se limitó al juicio de idoneidad de la medida limitativa, optando por restringir su apreciación en la necesidad o proporcionalidad de la misma por relacionarse a un espectro de la moral social del Estado.

Tan similar al caso *Müller*, el TEDH consideró que la protección de este bien jurídico – ya no solo en el plano sexual, sino también en su vertiente

religiosa reconocida por el artículo 9° de la CEDH – goza de mayor intensidad frente a la libertad de expresión artística, resultando insuficiente aquí, el hecho que se hayan adoptado restricciones para tamizar la difusión generalizada del filme, como la información previa del contenido de la película, el pago por el ingreso, el público predeterminado a recibir el mensaje y la proscripción de la presencia de menores de 17 años.

Finalmente, a modo de colofón, conviene señalar que el razonamiento de la corte no tomó en cuenta el aspecto satírico de la proyección cinematográfica, lo que propició elevar a un rango superior la tutela jurídica de las mayorías religiosas. Situación que desde nuestro punto de vista, hubiera permitido valorar con mayores parámetros objetivos si la entidad demandante mancilló o no de manera irrazonable y desproporcionalmente la fe católica de una región.

4.2.3. El éxtasis religioso²⁴⁷:



El señor *Nigel Wingrove* es un director de cine que escribió y dirigió el rodaje de la película «*Visions of Ecstasy*» («Visiones de éxtasis»). El filme se centra en la interpretación de una joven que representa a Santa Teresa, quien aparece en escenas apuñalándose en su propia mano con un clavo grande hasta desangrar sobre sus pechos desnudos y prendas de vestir.

En otro momento de la película, aparece la *psiquis* (el alma) de Santa Teresa que se arrastra hacia este personaje, llegando a acariciarle los pies, las piernas, el vientre y el busto, hasta prodigarle besos apasionados. Del mismo modo, se presentan secuencias en donde la referida religiosa se ve con el cuerpo de Cristo crucificado y procede a mantener relaciones eróticas.

²⁴⁷ TEDH. *Case Wingrove v. The United Kingdom*, 25 de noviembre de 1996.

Sin embargo, al momento de solicitar autorización para distribuir su película se le denegó por contravenir la legislación penal contra la blasfemia, razón por la cual acudió al TEDH considerando la vulneración a su libertad de expresión. Dicha instancia supranacional reconoció que la actuación del Consejo de Clasificación de Películas se sujetó a la Ley contra la blasfemia, cuyo objetivo resultaba legítimo para proteger las creencias religiosas de las personas, frente a los insultos y afrentas de sus valoraciones religiosas.

Finalmente, en cuanto al análisis de necesidad de la medida invasiva a la libertad de expresión artística, el tribunal arguyó que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, entre los cuales puede considerarse el deber de evitar en la medida de lo posible una expresión ofensiva a los objetos de veneración religiosa. Por ello, habida cuenta que la religión – al igual que la moral – es un concepto que varía significativamente en función del lugar, el tiempo y la sociedad, son las autoridades estatales las que cuentan con una posición privilegiada para garantizar que las profundas convicciones espirituales de las personas no sean vilipendiadas por actos de terceros. En esa medida, para la corte, si bien el impacto de la película ante la comunidad cristiana pudo haberse reducido en la medida que se hubieran establecido restricciones para su distribución, como la exclusividad de su difusión en tiendas eróticas para adultos; subsistirían riesgos de filtración masiva y descontrolada sobre el contenido del video y su afectación generalizada a los asuntos sagrados del cristianismo. Por consiguiente, bajo la mirada razonable del margen de apreciación de las autoridades inglesas, se concluyó que la restricción impuesta no vulneró la libertad de expresión artística del director de cine.

4.2.4. Poemas terroristas²⁴⁸:

El ciudadano turco *Hüseyin Karatas* publicó en 1991 una antología de poemas titulados «El canto de una rebelión»²⁴⁹, cuyo contenido azuzaba a

²⁴⁸ TEDH. *Case Karatas v. Turquía*, 08 de Julio de 1999.

²⁴⁹ Se citan algunos fragmentos del poema contenidos en el párrafo 10 de la sentencia:

los grupos insurreccionales de la región Kurda para sublevarse frente a la autoridad. Fue así que el fiscal de Estambul lo acusó de difundir propaganda contra la unidad indivisible del Estado, solicitando inmediatamente la aplicación del artículo 8° de la Ley de Prevención del Terrorismo y la confiscación de las copias de su obra. Finalmente, los órganos jurisdiccionales de Turquía determinaron su culpabilidad, condenándolo a 1 año y 8 meses de prisión más el pago de una multa.

El TEDH reconoció que la condena al demandante por la publicación de sus poemas se basó en una prescripción legal de lucha contra el terrorismo, cuya finalidad legítima se enmarcaba en la necesidad de proteger bienes jurídicos relevantes como la seguridad nacional, la integridad territorial y la prevención del desorden y el crimen.

Sobre la necesidad de la medida restrictiva, el alto tribunal resaltó que para evaluar el caso en concreto habría que tomar en cuenta en primer lugar que el objeto cuestionado se trataba de un producto artístico (poema), para luego analizar los siguientes elementos: 1) El contenido de las declaraciones impugnadas, 2) El contexto en el que fueron hechas, 3) Si la restricción resultaba proporcional a los objetivos legítimos perseguidos y, 4) Si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla

[Ellos marcharon hacia las leyes a ser hermanos]... desde hace miles de años, compañero, que han sido el conocido cercano de las crueldades más bárbaras que te pido por amor a la edad en la que vive ¿cuánto tiempo más tendremos aguantar esta crueldad?... a las majestuosas montañas que nos conducirán a la libertad...

[Nevado son las montañas]... los cachorros de la puta otomana golpean repetidamente nuestras montañas las aguas que corren nuestra primavera... que están preparando el genocidio como los que conocen límites... Desde hace miles de años, nuestro clan ha estado bajo sitio en nuestra sitiada la tierra...

[Las montañas que se nos presentan tienen voces de nieve]... una ira sin límites en mi corazón un odio sin palabras... Las leyes no dan paso rebelión proviene de las montañas de los milenios de la historia algunos han muerto por ella alguna marcha a la muerte.

[Ellos marcharon hacia la soledad] ... los que eran más que un puñado de valientes hombres la esperanza y la resistencia de sus cuerpos benditos que tienen, pieza por pieza, adornada libertad a los que, ante nosotros, se dirigió a la muerte ... jóvenes kurdos 'Tengo setenta y cinco años de edad que murió mártir que se unen a los mártires de Kurdistán Dersim ha sido derrotado, pero Kurdism y el Kurdistán, vivirá en el joven kurdo tomará venganza' cuando la vida deja este cuerpo mi corazón no clamará. Qué felicidad para vivir este día de unirse a los mártires de Kurdistán...

[Aliser también ha muerto] ... hemos vivido durante siglos sin un Estado, en el exilio, durante masacres durante siglos a lo largo de los caminos que hemos remolcado detrás de nosotros una espada, pero nunca se nos ha conquistado por la espada ... el venerable Sheikh Aliser de Hasanan fue lo suficientemente valiente como para saber morir por su honor, su tierra natal y su libertad... ¿cómo puedo narrar a los que vendrán después de nosotros todo lo que es valiente y heroica impregnando mi cuerpo entero con valor... Los invito a la libertad, a la muerte en estas montañas, en esta fuente sagrada con la muerte que marcha, la libertad es bendita con la muerte, os invito a morir; el tiempo es herido como el latido de un corazón...».

son pertinentes y suficientes. Estos dos últimos puntos, vinculados con el examen de proporcionalidad propiamente dicho.

En atención a ello, el TEDH señaló que a través del empleo de técnicas literarias como el patetismo y las metáforas, los poemas hacían un llamado al autosacrificio por la ideología del «Kurdistán» e, incluso, había algunas frases agresivas dirigidas a las autoridades turcas que podían incitar a los lectores al odio, la revuelta y el uso de violencia. Actos que Turquía estaba tratando de evitar por años, debido a la ola de violencia perpetrada por movimientos separatistas en la región sudeste.

Asimismo, la corte consideró relevante el hecho que el contenido de los poemas solo iba destinado a una minoría de lectores, a diferencia de lo que hubiera resultado con el empleo de los medios de comunicación masiva. Por tanto, en virtud a la naturaleza artística de la expresión empleada y el reducido impacto sobre la seguridad nacional, el orden público y la integridad territorial, estimó que lo transmitido guardaba relación en mayor grado con una profunda angustia a la situación política del país, que una llamada a la sublevación; por lo que, aunado a la desproporcionalidad de la condena privativa de libertad frente a los hechos, se declaró la vulneración al artículo 10° de la Convención Europea.

En esta sentencia, cabe resaltar que pese a que el tribunal encontró razones en la seguridad y defensa nacional para justificar la intervención a la libertad artística, no terminó resolviendo el caso amparándose en el margen de apreciación conforme sucedió con el caso *Müller*. Aquí, tuvo que apoyarse de otros criterios – como la técnica de elaboración y la inspiración del artista – para fundamentar su decisión a través de la observancia del test de proporcionalidad.

Así pues, se trata del primer pronunciamiento del TEDH que más se acerca a la dimensión objetiva de la libertad de expresión artística, pues parte por entender que el controvertido poemario, siendo una obra de arte, tenía como trasfondo un cariz político que versó sobre un asunto de interés público, lo cual admite una crítica más amplia en relación a los asuntos de

gobierno. De esta forma, tanto la creación del arte como el ámbito de su difusión resultan medibles para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la injerencia a la expresión artística, la misma que puede elevar su estándar de protección en función a su contenido (en este caso político).

4.2.5. El político caricaturizado²⁵⁰:



La asociación de artistas *Vereinigung Bildener Künstler* montó una exposición de arte denominada «El siglo de la libertad artística», en donde se incluyó la obra del pintor *Otto Mühl*, titulada «Apocalipsis», que retrataba un collage de varias figuras públicas en posiciones sexuales, como la Madre Teresa, el cardenal austriaco *Hermann Groer*, el ex jefe del Partido de la Libertad de Austria (FPÖ) *D. Jörg Haider* y el señor *Meischberger*, ex Secretario General del FPÖ, quien en esos años era miembro de la Asamblea Nacional de Austria.

Posteriormente, un visitante dañó la obra con pintura roja, cubriendo parte del cuerpo y rostro de *Meischberger*; lo que no impidió que este acuda a los tribunales de justicia para solicitar que no se exhiba el referido cuadro, de conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual. Fue así que los tribunales ampararon su demanda, disponiendo la prohibición de continuar mostrando esa pintura en las exposiciones de la asociación.

El TEDH sostuvo que la finalidad legítima perseguida por el Estado radicaba en la protección de los derechos de los demás (específicamente del diputado *Meischberger*). En cuanto al examen de necesidad, no optó por observar el margen de apreciación; sin embargo respecto a la proporcionalidad de la injerencia, anotó que las pinturas – en su estado

²⁵⁰ TEDH. *Case Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, 25 de enero de 2007.

original – mostraban solo las cabezas de las personas afectadas, sus ojos ocultados con unas barras negras y sus cuerpos elaborados de forma exagerada, arrojando como conclusión que tales rasgos obedecían a una caricatura de las personas utilizando elementos satíricos.

En ese sentido, recalcó que la pintura estaba relacionada con la posición pública que ocupaba el político *Meischberger*, razón por la cual conllevó a exigirle cierto umbral de tolerancia frente a la crítica. Del mismo modo, la corte



arguyó que la notoriedad del diputado se diluyó entre los demás representantes del collage y que, con el daño causado por un espectador de la obra sus características ya no eran completamente identificables, motivos suficientes como para decretar que Austria había vulnerado la libertad de expresión del artista.

Continuando con la línea jurisprudencial del caso *Karatas*, nuevamente el TEDH analiza el fondo del asunto efectuando una especial valoración al factor artístico. Ya no se tratará de las técnicas empleadas para la creación de un poema, sino de una caricatura, la cual puede emplear componentes satíricos que no buscan reflejar la realidad de la persona u objeto retratado.

En efecto, como se ha sostenido desde un inicio, la sátira es considerada como una técnica artística que ataca y destruye a su objetivo²⁵¹, por lo que a fin de ponderar la afectación con otros derechos fundamentales merece especial consideración la posición pública del personaje, es decir a quién se utiliza como fuente de representación para caricaturizar, satirizar o parodiar, la plenitud en la identificación con el objeto o sujeto original retratado así como el impacto de la medida restrictiva.

²⁵¹ SOL MUNTAÑOLA, Mario. *Óp. Cit.*, p. 203.

4.2.6. El humorista racista²⁵²:

Dieudonné es el nombre artístico de un humorista que, el 26 de diciembre de 2008, montó en la sala *Zénith* de París un espectáculo llamado «He hecho



el gilipollas». El sketch tenía como propósito superar una presentación anterior que fue calificada como el «mayor mitin antisemita desde la última guerra mundial». Para ello invitó al escenario a Robert Faurisson, quien fuera condenado varias veces en

Francia por sus tesis negacionistas sobre la existencia de las cámaras de gas en los campos de concentración. En la función misma, el artista le había hecho entrega al escritor – a través de un actor disfrazado como un deportado judío – del «premio a la intratabilidad y la insolencia».

Esta conducta sirvió para que los órganos de justicia estatales lo condenaran por el delito de injuria pública contra las personas de origen judía, considerando que el hecho de burlarse de la deportación y del exterminio de los judíos por los nazis en la segunda guerra mundial a través de palabras, la estrella de David rotulada con la palabra «judío» y el símbolo del candelabro de tres brazos sosteniendo tres manzanas, entregado por un deportado a un negacionista, constituía un modo de expresión ultrajante y despreciable hacia el pueblo judío.

Al analizar el caso, el TEDH toma nota que la escena controvertida se trata de una expresión artística materializada en un lenguaje satírico, en consecuencia, reitera la doctrina contenida en *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, donde sostuvo que la sátira es una forma de comentario social que, debido a su exageración y deformación de la realidad, aspira a provocar y agitar, siendo necesario examinar con un cuidado particular cualquier injerencia en la libertad de expresión de un artista.

²⁵² TEDH. *Case Dieudonné M'BALA M'BALA v. Francia*, 20 de octubre de 2015.

En esa línea, sostiene que para determinar los límites al ejercicio del precitado derecho debe partirse por el contexto donde discurre la expresión. De esta manera, aprecia que el contenido de la secuencia humorística tenía un carácter intensamente antisemita, honrando a una persona conocida (y condenada) por sus tesis negacionistas mediante aplausos, al punto de otorgarle un reconocimiento. Además, agrega que a pesar de lo jocoso del sketch, resultaba claro que las actitudes (animus) del artista revestían de una conducta que consideraba correcta y que, inclusive, buscaba superar su espectáculo anterior que fue calificado de por sí como un mitin antisemita.

También aprecia que en la puesta en escena hizo intervenir a un cómico disfrazado ridículamente como deportado judío de los campos de concentración para premiar a un negacionista, lo cual convertía en una escena grotesca, de odio y antisemitismo que iba en contra de los valores de justicia y paz inspirados por el CEDH. Por tanto, ante la valoración conjunta de esos elementos, el TEDH señaló que el demandante no podía ampararse en su condición de artista o su producción artística para expresar de forma satírica un ataque de odio a la comunidad judía, por cuanto ello destruía su espectáculo humorístico y de diversión que no encontraba protección en el derecho a la libertad de expresión artística.

La sentencia es importante no solo porque se trata de un caso inédito sobre la actividad artística de un humorista, sino por cuanto estudia tanto a las expresiones verbales como no verbales para dilucidar si la secuencia cómica se encuentra protegida por la mencionada libertad fundamental. Aquí se parte del contexto y el animus del artista para concluir que su show humorístico fue ofensivo, injurioso y lleno de odio contra la población judía.

5. SÍNTESIS: EL ARTE EN COLOMBIA, ESTADOS UNIDOS, ALEMANIA Y EL TEDH:

Luego de haber hecho un repaso a las más importantes y controvertidas sentencias expedidas por tres cortes extranjeras y un tribunal supranacional, podemos tomar nota de los siguientes datos:

- Colombia, Alemania e implícitamente Estados Unidos consideran que el arte es un concepto sujeto a múltiples interpretaciones de una práctica inacabada y que en caso de conflicto con otros bienes fundamentales ostenta una presunción de constitucionalidad sobre aquellos actos que intentan limitar su ejercicio.
- Tanto en Colombia, Estados Unidos y el TEDH la libertad de expresión artística es un derecho que se encuentra contenido en la libertad de expresión, mientras que en Alemania se opta por la autonomía del derecho a la libertad artística.
- Alemania y Colombia regulan el fenómeno artístico desde una perspectiva cultural, es decir bajo la aquiescencia de ideas heterodoxas que contribuyen a la formación integral de la persona y cuya práctica puede contravenir arraigados valores sociales.
- Estados Unidos considera que existen determinadas formas de expresión que ocupan un lugar preferente en el orden jurídico, en tanto para Colombia la libertad de expresión artística – por su propia naturaleza – deviene en un derecho reforzado. Por tanto, en caso de colisionar con otros bienes gozarán de mayor espacio de precedencia.
- El mecanismo de resolución de conflictos empleado por Colombia, Estados Unidos, Alemania y el TEDH para determinar la constitucionalidad de los límites a la libertad de expresión artística ha sido, en varias ocasiones, el test de proporcionalidad.
- Para el TEDH existen valores de trascendencia social (moral, orden público, seguridad nacional, etc.) que necesitan ser ponderados según las circunstancias fácticas de cada sociedad a fin de resolver una contienda jurídica en donde se discuta la afectación a la libertad de expresión artística.
- A diferencia de Estados Unidos que se circunscribe a una libertad de expresión artística como derecho fundamental de defensa; Colombia y Alemania propugnan – además de ella – por una concepción prestacional, lo que implica el deber del Estado para fomentar y promover las artes como instrumento de enseñanza y desarrollo cultural del ser humano.

- En todos los sistemas normativos inicialmente señalados se invoca al pluralismo ideológico y el principio de tolerancia como marco político-social de coexistencia de las expresiones artísticas con otras formas de expresión, conductas o pensamientos.



CAPÍTULO III

TRATAMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. LAS EXPRESIONES ARTÍSTICAS EN EL PERÚ:

Las manifestaciones artísticas en el Perú han estado presentes desde los diferentes pasajes de nuestra historia. De hecho, muchas de esas expresiones, son fruto del influjo de nuevas corrientes ideológicas que han permitido – y aún permiten – enriquecer nuestra identidad nacional y el bagaje sociocultural. Podemos encontrar obras artísticas de raigambre tradicional, como novelas, poemas, pinturas, musicales, entre otros, cuyo valor para nuestra sociedad resultan ser innegables; sin embargo, con el transcurso de los años, la cultura popular y las tendencias contemporáneas han ido demostrando que existen diversas formas para difundir las ideas u opiniones a través del arte.

Estas expresiones artísticas, poco convencionales, tienden a generar, cuando menos, ciertas controversias desde el punto de vista constitucional, pues han replanteado en algunas ocasiones el modo de cómo puede llegar a concebirse al arte tradicional en el actual contexto nacional.

En tal sentido, en este capítulo abordaremos tales temas con el objeto de reflexionar sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística, los conflictos *iusfundamentales* que han acaecido en nuestra realidad peruana así como los criterios que podrían aplicarse para alcanzar una solución razonable y proporcional.

1.1. Expresiones artísticas clásicas:

Una variedad de manifestaciones artísticas en el país fueron reconocidas por su destacada trascendencia cultural. Probablemente, el momento histórico, la creatividad de los artistas o la esteticidad de sus obras contribuyeron en gran medida a promover un aceptable consenso para tolerar su creación, difusión y protección jurídica.

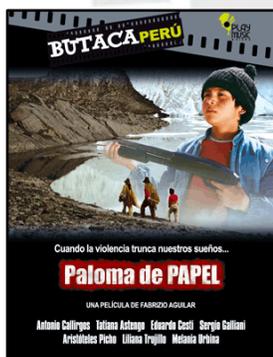
A estas representaciones, que gozan de una mayoritaria aprobación por su calidad artística, hemos denominado clásicas o tradicionales. Entre ellas se encuentran los

poemas, la música, el cine, la danza, las pinturas, la arquitectura, los espectáculos circenses, entre otros.

En efecto, cuando hablamos de poemas, se puede citar a autores como César Vallejo, quien hizo gala de una genialidad única para transmitir sus pensamientos y más profundos sentimientos a través de la pluma. Por ejemplo, en su obra titulada «Los Dados Eternos» describió lo siguiente:

<i>«Dios mío, estoy llorando el ser que vivo; me pesa haber tomado de tu pan; pero este pobre barro pensativo no es costra fermentada en tu costado: tu no tienes Marías que se van!</i>	<i>Dios mío, si tu hubieras sido hombre, hoy supieras ser Dios; pero tú, que estuviste siempre bien, no sientes nada de tu creación. Y el hombre sí te sufre: el Dios es él!»</i>
--	---

Sin embargo, lejos de poner en entredicho esas líneas como si se trataran de una afrenta directa hacia Dios o alguna divinidad, constituyen una muestra patente de cuál era el mundo interno que quería expresar artísticamente el poeta liberteño mediante la sutileza de sus versos.



En el cine, también pueden enumerarse algunas películas que, por la elaboración cinematográfica y el contenido temático, fueron proyectadas en las salas sin algún tipo de reparo. Tal es el caso del filme «Palomas de Papel», el cual narra la historia de un joven que vivió en la década de los 80, donde la violencia subversiva al mando de grupos terroristas se había apoderado de diversas zonas del territorio y secuestraba a niños o familias para adoctrinarlos.

No obstante, a pesar de que toda la trama gira en torno a hechos que acaecieron en la época del terrorismo, su difusión no fue censurada y menos se denunció a su director por apología, antes bien, recibió críticas favorables por revelar una realidad social del país y mereció premios nacionales e internacionales.

Otro ejemplo, es la película «No se lo digas a nadie», pionera en desarrollar la temática del homosexualismo en el Perú. Este filme – basado en la novela de un

escritor nacional – expone los prejuicios de la aristocracia limeña contra las personas homosexuales, acompañados de un contenido sexual explícito como producto de las diferentes aventuras amorosas del actor.



La publicidad del cortometraje dio cuenta de la participación de destacadas personalidades del cine y el teatro local, por lo que su exhibición tuvo gran acogida por el público, sin mayor restricción que su aptitud para mayores de edad. Incluso, posteriormente, fue transmitida en señal abierta por distintos medios de comunicación televisivos.

En el rubro de la pintura tenemos a grandes expositores, algunos de los cuales tuvieron destacada representatividad en el mundo de las artes plásticas. Tal es el caso del artista Fernando de Szyszlo, representante del vanguardismo nacional y latinoamericano, cuyas principales obras, inspiradas por el cubismo y el surrealismo, expresan su refinado pensamiento sobre la cultura peruana.



«Serie Paracas – La Noche»



«Mar de Lurín»



«Inkarri»

También están los cuadros pictóricos del indigenista Sérvulo Gutiérrez, reconocido por su expresionismo colorido, donde retrataba con claridad y firmeza su visión de la vida y la realidad del hombre. En sus obras, los desnudos o representaciones religiosas no fueron calificados como obscenos y ofensivos, por el contrario, eran considerados expresiones artísticas socialmente aceptadas por una sociedad cimentada en la primera mitad del siglo XX.



«Los Andes»



«Mujer India »



«El señor de Luren»

En la música, los artistas han difundido sus canciones con amplia libertad, pues tanto las composiciones como sus melodías en diversos géneros terminaron siendo del agrado y complacencia de los oyentes. A modo de ejemplo, podemos mencionar algunos temas peculiares, como «Mi propiedad privada», escrito por Modesto López e interpretada por la cantante Lucha Reyes, el cual describía a un amor febril, casi posesivo, al punto de cosificar al ser amado:

*«Para que sepan todas
que tú me perteneces
con sangre de mis venas
te marcaré la frente.
Para que te respeten
aún con la mirada
y sepan que tú eres
mi propiedad privada.*

*[...] Porque mi pobre alma
se retuerce de celos
y no quiero que nadie
respire de tu aliento.
Porque siento tu dueña
no me importa más nada
quererte solo mio
mi propiedad privada»*

También está la canción «Víbora» de los Embajadores Criollos, cuyas estrofas dan cuenta del calificativo a una mujer por haber traicionado a su pareja:

*«Yo sé que has de vivir,
pensando en la maldad,
que conmigo cometiste
Ese daño tan cruel,
que me hiciste mujer,
no lo perdonaré.
Lamento haberte amado,*

*desprecio aquel cariño
y maldigo el momento en que te
conocí.
Víbora, ese nombre te han puesto,
porque en el alma llevas
el veneno mortal
Víbora, ese nombre te han puesto,*

*porque en el alma llevas
el veneno mortal*

de la calumnia y la maldad.»

Inclusive, cabe mencionar la canción «La Jugadora», del emblemático grupo de cumbia tropical Armonía 10, dirigida también contra la mujer, debido a su infidelidad:

*«La jugadora jugando al amor
jugaste con mi corazón.
Me destrozaste y te marchaste
sin importante mi profundo
dolor.*

*Jugadora, jugadora,
tu naciste para jugadora
Pero no importa, pero no
importa, algún día te van a
chotear»*

Estos temas musicales no provocaron algún rechazo social, a pesar de que sus letras pueden resultar polémicas por mostrar al ser humano como un objeto, así como por expresar cierta condena y estigmatización hacia la mujer. Por el contrario, se ha considerado que tales canciones tienen un alto valor axiológico porque representan auténticas manifestaciones culturales de nuestra identidad nacional.

Respecto a las obras arquitectónicas, se debe traer en cuenta al famoso monolito llamado «El ojo que llora», construido por la artista *Lika Mutal*, que sirvió para preservar la memoria de las víctimas de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario



Túpac Amaru (MRTA), así como también para cumplir con lo decidido por la CORTE IDH en el caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú, consignando a las víctimas fallecidas descritas en el proceso. Este monumento ha sido dañado en múltiples ocasiones y ha recibido duras críticas de diferentes actores políticos y de la sociedad civil, por considerarlo una glorificación terrorista. No obstante, dicha obra sigue vigente hasta nuestros días y se mantiene debidamente custodiado.

Como se ha podido advertir en los casos propuestos, existe una vertiente histórica en donde el ejercicio de la libertad de expresión artística era valorado en función

a sus rasgos estéticos. Es decir, la tolerancia de las obras no solo provenía del estilo para crearla, sino también de la sutil composición y difusión de las ideas.

Entonces, más allá del tema controvertido que puede ser abordado por el artista, era importante tomar en cuenta el modo y las técnicas que utiliza para dar a conocer su pensamiento reflexivo sobre la realidad.

1.2. Expresiones artísticas contemporáneas:

Inevitablemente, el paso del tiempo trae consigo el surgimiento de nuevos pensamientos en las personas, así como el cambio en las estructuras sociales. Todo este proceso no ha sido indiferente en el ejercicio de la libertad de expresión artística, pues la presencia de diversos elementos – como por ejemplo la tecnología – ha generado un redimensionamiento en la concepción clásica del arte en nuestro país.

Podemos sostener que a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI se ha detectado gran variedad de casos, en los cuales se quiebra de alguna manera la idea que asocia lo artístico con la belleza, abriendo paso a manifestaciones más crudas y críticas de la problemática social. Aquí destaca el desborde de la imaginación del artista por encima de la riqueza técnica o el trabajo previo de la puesta en escena, lo que precisamente ha propiciado un sinnúmero de cuestionamientos.

A continuación se analizará el tratamiento jurídico que el Estado peruano ha brindado al derecho de libertad de expresión mediante representaciones artísticas.

1.2.1. Cinematografía:

Ciertas producciones cinematográficas a nivel nacional han ido adquiriendo otra perspectiva temática, entre las cuales destacan aquellas de contenido popular y cotidiano. Estos cortometrajes – a su vez – son ejecutados con un presupuesto discreto, es decir, con ambientaciones básicas o la participación de actores o actrices no necesariamente profesionales. Quizá, para tener una idea bastará con recordar los títulos:

«Asu Mare» (2013), «El pequeño seductor» (2015), «Macho peruano que se respeta» (2016), etc.

Empero, así como existen producciones que pueden ser libremente difundidas, también encontramos otras que fueron objeto de censura y restricciones. Por ejemplo, a fines del año 2017 estaba por estrenarse la película «Sin vagina, me marginan», protagonizada por actrices transgénero, cuya historia buscó reflejar la vida de dos personas trans que se



dedicaban a la prostitución para pagarse una operación de cambio de sexo. Sin embargo, toda vez que diversas asociaciones de padres de familia protestaron contra el empleo del término «vagina» y el material publicitario porque atentaba contra la integridad de sus hijos menores de edad, la película fue censurada y, por consiguiente, no pudo ser exhibida en las salas de cine limeñas.

Este tipo de acciones constituyen prácticas de intolerancia, pues están basadas en actos de segregación por los personajes y la trama que envuelve a la película. Lejos de permitir que la sociedad reflexione sobre temas que fomentan el divisionismo en el país, se opta por impedir la formación de una educación crítica y plural. Además, si bien la protección a los menores representa un deber de los padres y el Estado, consideramos que ello no tiene por qué ser ajeno al acceso a la cultura.

Por otro lado, encontramos también una corriente de «cine erótico» encabezado por el director Leonidas Zegarra, quien se caracteriza por crear y exhibir películas de contenido altamente lascivo, con la participación de vedetes y bailarinas como sus personajes principales. Entre sus películas se pueden destacar las siguientes: «Mi crimen al desnudo» (2001), «Vedetes al Desnudo» (2003), «Una chica buena de la mala vida» (2004), entre otras.



Sin embargo, por la misma naturaleza de estos filmes, muchos de ellos fueron censurados o, cuando menos, retirados de carteleras en pocos días y restringidos para determinados establecimientos. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones las medidas de censura no solo consisten en el rechazo de la película por parte de las empresas de cine, sino también en el retiro de la propaganda. Ello como es lógico no exime de las restricciones que presentan según la categorización del contenido.

1.2.2. Fotografías:

En julio del año 2008, la modelo Leysi Suárez posó para el lente fotográfico de la revista «D'Farándula» montada en un caballo totalmente desnuda, pero cubriendo sus partes íntimas con la bandera peruana. La publicación de estas fotos propició que la



fiscal Silvana Calle Miranda de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima formalice una denuncia en su contra ante el Poder Judicial por haber incurrido en el primer párrafo del artículo 344° que sanciona con una pena no mayor de 4 años a quien ofende, ultraja, vilipendia o menosprecia,



públicamente o por cualquier medio de difusión, por obra o por expresión verbal, los símbolos de la patria o la memoria de los próceres o héroes que nuestra historia consagra. Además, a juicio de la fiscal del caso, la citada modelo había quebrantado el artículo 38° de la Constitución Política, que prescribe que todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales.

En este caso, consideramos que no existían razones para calificar esos hechos como un ilícito penal. No solo porque no concurre el elemento subjetivo del tipo penal que implicaría un actuar doloso en ofender al pabellón nacional, sino fundamentalmente porque se ha omitido valorar

que las fotografías representan también un modo a través del cual las personas deciden expresar artísticamente sendos mensajes o ideas.

Además, de la sesión fotográfica se puede evidenciar la participación de otros elementos que son empleados para resaltar la estética del trabajo. Es en ese escenario, donde se ensalzó a nuestro símbolo nacional con la desnudez humana, el cual terminó siendo exhibido para una revista de espectáculos en plena fiestas patrias.

Si bien esta denuncia fue archivada por el Poder Judicial, mereció especial atención por parte de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de los Estados Americanos, quien recordó que de acuerdo con el principio 5 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión: «La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.»²⁵³

Otro caso relevante sucedió a inicios del presente año, con la exhibición fotográfica denominada «Canon. Vírgenes de la Puerta», en el Museo de Arte Contemporáneo de Lima²⁵⁴. Los artistas de la obra quisieron expresar una crítica contra los clásicos prototipos sobre lo hermoso y lo perfecto en el arte y el ser humano, así como a los dogmas, la discriminación y el clasismo instaurado contra la identidad de género y la sexualidad de las personas que pertenecen al grupo LGBTI.



²⁵³ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008. Volumen II*. Washington: OEA/Ser.L/V/00.134, 25 de febrero de 2009, párr. 216.

²⁵⁴ Para mayor información se puede revisar el siguiente link: <<http://www.maclima.pe/?exposiciones=canon-virgenes-de-la-puerta>>. Consulta: 20 de marzo de 2018.

Por ello presentaron una galería fotográfica de personas transgénero que personificaban a la «Virgen de la leche» o «Santa Rosa de Lima», usando



capas y coronas confeccionadas por artesanos del interior del país y bajo un ambiente religioso que graficaba un estado de ruina y abandono. Frente a esta exposición, los reclamos no se hicieron esperar, puesto que algunos representantes de la iglesia Católica, como el Padre Luis Gaspar, mostraron su total rechazo en las redes sociales, en tanto el

presidente de la Asociación Antonin Scalia, Juan Carlos Puertas Figallo, solicitó formalmente a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) que retire el financiamiento y toda clase de promoción o ayuda a dicha muestra de arte, por atentar contra los símbolos y representaciones de la Cristiandad que se encuentran protegidos en mérito a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial suscrito entre los países de Perú y España, en los años 2005 y 2006, respectivamente.

En este caso se cuestiona que la exposición artística afecta los sentimientos religiosos de quienes profesan el cristianismo, pues las fotografías están empleando imágenes y representaciones que forman parte integrante del patrimonio cultural inmaterial de la iglesia cristiana. Sin embargo, para dilucidar dicho problema es necesario tomar en cuenta algunos aspectos. Primero, las tomas fotográficas ponen en relieve la naturaleza ínsita del derecho a la libertad de expresión artística, el cual cobra verdadero sentido cuando permite a cualquier persona manifestar libre y creativamente sus opiniones o reflexiones sobre un determinado tema, por muy polémico que tal ejercicio pueda resultar. Por eso, los artistas han dejado en claro que la participación de personas trans en sus fotos tiene como finalidad criticar los conceptos tradicionales sobre la belleza y el arte, asociados únicamente con el sexo femenino y masculino. Segundo, *mutatis mutandi* al caso de «La

exposición de arte religioso» en Colombia (Sentencia SU 626/15), el empleo de la indumentaria religiosa es un elemento inescindible a la manifestación artística, por cuanto sirve para dotar de mayor grado de reflexión a los mensajes contenidos con las fotografías. Nótese, que para la originalidad de su arte, los artistas tuvieron – incluso – que mandar a elaborar esos detalles. Tercero, el Estado peruano como Estado laico, no puede adoptar la protección de un determinado credo religioso en desmedro de otros, al punto de prohibir cualquier opinión que le resulte desagradable. Cuarto, el derecho a la libertad religiosa permite tener la facultad de profesar, abstenerse o cambiar de creencia religiosa, así como de mantener en reserva o hacer pública la vinculación con algún credo religioso²⁵⁵; pero no protege las pasiones ni los sentimientos religiosos que los creyentes invoquen como acto lesivo. Quinto, lo solicitado por la asociación civil promueve una censura indirecta contra la presentación fotográfica, habida cuenta que pretende el retiro de toda clase de apoyo económico a la difusión de la muestra de arte, lo cual resulta contrario a los preceptos que tutelan el libre tránsito de ideas, reconocido en la Constitución Política y la CADH.

1.2.3. Pintura:

En octubre del año 2017, la Dirección Contra el Terrorismo (DIRCOTE) y el Ministerio Público dispusieron la investigación de 31 pinturas de la serie «Piraq Causa» («¿Quién es el causante?»), por considerar que su



temática calificaría en el delito de apología al terrorismo. Estas obras, inclusive, fueron afectadas con orden de inmovilidad y no pudieron ser exhibidas en el Museo de Arte de Lima, conforme estaba previsto.

²⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 05680-2009-PA/TC, sentencia del 28 de octubre de 2010, fundamento 18.

El contenido de las pinturas muestra los episodios que vivieron las comunidades ayacuchanas en la época del terror instaurado por las acciones violentistas de Sendero Luminoso. De ahí que se pueda apreciar algunos momentos, como: los desfiles de los comuneros con banderolas terroristas, los abusos cometidos por el ejército, la resistencia del pueblo, el adoctrinamiento a hombres y mujeres, la captura de Abimael Guzmán, entre otros²⁵⁶.



Para analizar esta controversia, es necesario tomar en cuenta que las obras pictóricas no representan actos de exaltación, justificación o enaltecimiento que hagan suponer la comisión del hecho delictivo tipificado como apología al terrorismo en el Código Penal. Se trata de pinturas inspiradas por la Asociación de Artistas Populares de Sarhua, uno de los principales lugares abatidos por estos grupos violentistas. En ellas, se traducen gráficamente las memorias de todo un pueblo con el objeto de que la ciudadanía conozca e internalice nuestra historia, de manera fiel y auténtica.

En efecto, eran representaciones históricas que informaban cómo se insertó y desarrolló el terrorismo en zonas andinas del país y, que – además – habían superado la evaluación del Comité Académico del museo, que determinó su aporte y valor artístico.

En ese sentido, no toda vinculación con elementos terroristas puede convertirse en motivo de una sanción penal, pues ante esa situación corresponde a la autoridad evaluar el objeto y fin de la obra así como el contexto en el cual se involucran los mensajes. Por ello, consideramos que el mandato de inamovilidad y el inicio de una investigación fiscal contra las pinturas han afectado el ejercicio de la libertad de expresión artística, limitando su exposición pública de manera injustificada.

²⁵⁶ Para mayor información se puede revisar el siguiente link: <http://www.mali.pe/not_detalle.php?id=570>. Consulta: 20 de marzo de 2018.

1.2.4. Teatro:

A fines del año 2014, se estrenó la obra «La Cautiva» en el teatro «La Plaza» de Lima. Dicha obra trataba sobre la muerte de una joven de 14 años, hija de terroristas, que había sido trasladada a la morgue para ser preparada por los médicos forenses con la finalidad de que miembros de las fuerzas del orden mantengan relaciones sexuales con la occisa. En ese interín, ella se levanta y conversa con el auxiliar forense, explicándole los hechos que ha vivido durante la época del terrorismo. Ante estas



escenas, la Dirección Contra el Terrorismo (DIRCOTE) y la Procuraduría Pública Anticorrupción denunciaron al escritor y a la directora de la obra por hacer apología al terrorismo, ya que – a su juicio – la trama daba a conocer graves violaciones a los derechos humanos por parte del Ejército, revelaba los fines e ideología de Sendero Luminoso, resaltaba los cánticos y arengas terroristas, así como el «himno del guerrillero».

El caso de marras, nuevamente pone en entredicho el ejercicio de la libertad de expresión artística con la tipificación de un ilícito penal vinculado con la promoción del terrorismo, por cuanto el contenido de la obra proyectaba una historia de lo que ocurrió durante la presencia de Sendero Luminoso.

Sin embargo, para resolver este conflicto es importante tomar en consideración que esta manifestación artística se basaba en una ficción, en donde la protagonista principal era una adolescente que, estando fallecida, podía comunicarse e interactuar con otras personas. Además, puede evidenciarse que los autores de la obra decidieron llevar al mundo de las tablas una historia que expresaba una visión crítica – y por ende subjetiva – de lo acaecido en la época del terrorismo. De ahí que si bien puede resultar controvertida, chocante u ofensiva para cierto sector de la población, especialmente para los miembros de la milicia, no podría ser

objeto de censura o considerada como un acto que amerite una investigación penal.

En esa misma línea, respecto al delito de apología al terrorismo, el TC ha dejado en claro que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituye delito²⁵⁷, por lo que «en el resguardo de esta[s] libertades [comunicativas], los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales [apología al terrorismo genérica y agravada] de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.»²⁵⁸

Por tanto, atendiendo que las expresiones terroristas emitidas dentro de la función teatral constituyen parte integrante del contenido de la obra misma y no representan actos de incitación a la violencia o una ruptura del sistema democrático, se puede concluir que los creadores de «La Cautiva» están haciendo uso legítimo de su derecho a la libertad de expresión a través del arte, en consecuencia no existe mérito alguno para ser perseguidos penalmente.

1.2.5. Caricaturas:

Gladys Barboza Peña, funcionaria de la Dirección General de Migraciones y Naturalización (DIGEMIN) y ex Directora de Personal del Ministerio del Interior, denunció a unos periodistas del periódico «La República» y al caricaturista Carlos Tovar Samanez, conocido con el seudónimo de «Carlín», por la comisión del delito de difamación agravada con el uso de la prensa escrita, ya que había considerado que su caricatura publicada el 10 de abril de 2005 en un diario de circulación nacional afectaba su honorabilidad a través de acusaciones falsas.

²⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 00010-2002-AI/TC, sentencia del 03 de enero de 2003, fundamento 88.

²⁵⁸ *Ibidem*.

El dibujo mostraba a un ex Ministro del Interior presentando a la agraviada, ambos con rasgos físicos deformados, con las siguientes palabras: «Estamos investigando a una funcionaria corrupta que se llama Gladys Baboza, que participó en el despojo de nacionalidad a Ivcher, en los pasaportes para la fuga de Carmen Burga y en el tráfico de ilegales chinos a los Estados Unidos. Para eso cuento con la estrecha colaboración de mi Directora de Personal, Gladys Baboza.» (Sic).

En primera instancia, la jueza Haydeé Monzón Gonzales del Primer Juzgado



Transitorio Especializado en lo Penal de Lima lo condenó a 2 años de pena privativa de libertad y al pago solidario de 50 mil soles de reparación civil a favor de Gladys Barboza Peña, argumentando que existía en los imputados la intención de

desarrollar una campaña perjudicial contra la referida servidora pública sobre el desempeño irregular de sus cargos.

Más allá que la denuncia haya sido desestimada en segunda instancia por carecer del elemento volitivo en el verbo típico, debe ponerse especial énfasis en la necesidad de realizar una lectura de este tipo de casuística penal a la luz de las normas y principios constitucionales que fundamentan a una sociedad democrática, habida cuenta que la razón de ser de las caricaturas radica en la jocosidad y provocación que impregna el artista en su creación. Es decir, las caricaturas, en tanto son una modalidad para ejercer el derecho a la libertad de expresión, no solo deben ser tuteladas como tales porque consisten en el arte de deformar o exagerar los rasgos físicos de las personas, animales u objetos que son dibujados, sino principalmente porque son empleadas muchas veces para transmitir mensajes de contenido crítico sobre determinados ámbitos de la vida

social, política, económica, religiosa, deportiva, etc., ya sea con las simples ilustraciones o acompañados de viñetas.

Por tanto, antes de evaluar el carácter difamador de las caricaturas convendría apreciar la temática del medio informativo o la sección donde son ubicadas (contexto), el motivo o interés que inspira las ilustraciones (objeto) y el *animus iocandi* que puede, incluso, consistir en un humor altamente ácido o suponer la ridiculización del personaje (finalidad). La caricatura de Carlín versó sobre una crítica política a un asunto de relevancia pública relativo a las actuaciones de una servidora del Estado, por tal razón el nivel de tolerancia exigible a la denunciante resulta mayor para garantizar una ciudadanía informada y, por ende, se halla dentro de los parámetros permisibles del derecho a la libertad de expresión artística. Sostener lo contrario, podría conllevar a un mecanismo indirecto de censura.

Otro caso que acaeció en nuestra realidad nacional, lo encontramos en el año 2010 con el ex Congresista de la República, Walter Menchola Vásquez, quien solicitó por intermedio del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana que – al amparo del artículo 2.7 de la Constitución Política – el diario «Perú 21» se rectifique en la nota periodística propalada en su edición del 19 de enero de 2010, denominada «Otorongo Tours». En esta sección, se informó que varios parlamentarios – incluido él – habían realizado una serie de viajes al extranjero sin justificación y con ingentes sumas de dinero provenientes de todos los peruanos y peruanas.



También arguyó en su escrito que: «Es más, en la edición del suplemento «Otorongo» que es distribuido los días viernes con el diario Perú 21, se publica una caricatura en la que se hace referencia a mi persona y a otros congresistas más, en una góndola, dando a entender que están haciendo

turismo o algo así, perjudicando mi imagen como Congresista de la República.»²⁵⁹

Finalmente, el caso concluyó luego que el director del diario comunicara al citado tribunal que se ha cumplido con publicar la versión del legislador y que la información materia de rectificación se basó en documentos oficiales de la Dirección General de Administración del mismo Congreso de la República. En cuanto a la caricatura, sostuvo lo siguiente: «En lo que atañe a la queja por una caricatura que aparece en nuestro suplemento El Otorongo, debo señalar que esta es simplemente una muestra del humor político que pretendía graficar los viajes al exterior que hacen los congresistas y que nadie, salvo carezca de sentido del humor, puede considerar agravante.»²⁶⁰

La controversia en ciernes plantea dos cuestiones relevantes. Primero, si la controvertida ilustración constituye un legítimo ejercicio del derecho a la libertad artística y no afecta el derecho al honor del Congresista y, segundo, si cabe o no la rectificación de una caricatura publicada en un medio de comunicación escrito.

En cuanto a la interrogante inicial, es importante advertir que el suplemento «El Otorongo» del diario Perú 21 es una sección dedicada a un humor gráfico netamente político que comprende la publicación de caricaturas elaboradas en forma cruda y directa para cualquier personaje del Estado. Eso, precisamente, se advierte de la caricatura cuestionada, en la medida que se proyectó para dar a conocer a través de dibujos la forma cómo algunos parlamentarios disfrutaban del erario público. Esta expresión como puede observarse encuentra tutela en la libertad de expresión artística.

Respecto al segundo punto, el TC ha enfatizado que solo puede plantearse un pedido de rectificación cuando se difunde una información falsa o

²⁵⁹ Para mayor información se puede revisar el siguiente link: <<http://tribunaldeetica.org/1970/01/caso-07-10-congresista-walter-menchola-vasquez-diario-peru21/>>. Consulta: 27 de marzo de 2018.

²⁶⁰ Para mayor información se puede revisar el link: <<http://tribunaldeetica.org/wp-content/uploads/caso-07-10-Respuesta-del-Medio.pdf>>. Consulta: 27 de marzo de 2018.

inexacta o, la persona se haya visto afectada en su honor a través de un medio de comunicación de masas, con independencia del derecho comunicativo ejercido²⁶¹. Sin embargo, en el caso concreto no podría admitirse una rectificación de la caricatura, por cuanto no está difundiendo ninguna noticia con datos inverosímiles o inexactos.

1.2.6. Música:

En el plano musical, existen temas muy controvertidos que han sido producidos por artistas nacionales, aunque no precisamente profesionales en el canto y la composición. Basta con recordar las canciones interpretadas por la vedete Susy Díaz, como «Te toco la trompeta» o «La arrechazada», cuyas letras juegan con el doble sentido a través de construcciones gramaticales referidas al ámbito sexual.

Asimismo, tenemos a la agrupación de punk-rock «Los Chabelos», conformada en 2001 por reconocidos actores peruanos, que ha difundido su música con inusuales canciones. La discografía de esta banda tiene títulos que advierten por sí mismos el contenido procaz de sus letras, como por ejemplo: «Calambre al pipilín», «Me he levantado al palo», «La raja de tu culo», entre otros. Para este apartado se resaltarán la canción «Rómpeme el culo a pingazos» por presentar un contenido explícitamente sexual:

*«Siempre he sido muy formal
soy un chabelos ejemplar
un muchacho sin desviación
sexual
pero conocí a una chica
que no era tan virginal
que quería una penetración
anal
y ella me dijo:
rómpeme el culo a pingazos
que me gusta por atrás
rómpeme el culo a pingazos*

*que es lo que me gusta más
no se me ocurrió pensar que
por ahí podría entrar
pequeñito parecía ese lugar
pero con mucha paciencia y
una gotas de loción esa chica
y yo encontramos diversión y
me dijo rómpeme el culo a
pingazos que me gusta por
atrás rómpeme el culo a
pingazos que es lo que me
gusta más (bis)»*

²⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 03362-2004-AA/TC, sentencia del 29 de agosto de 2006, fundamento 14.

Otro tema asaz controvertido lo han denominado «Un ojete para dos», el cual describe lo siguiente:

<i>«Te he mirado a escondidas, te he soñado sin sostén te he pintado con mi verga sobre sábanas de seda has logrado que me corra de tan solo imaginar cómo se vería tu cola ensartada en mi trola has mamado en pensamientos, has sido mi puta fiel</i>	<i>no has cobrado ni un centavo por todo lo que has tragado te cojo como sea, te reviento sin dudar hoy te cacho aunque no quieras y te tenga que violar hoy la noche comenzó para venirnos los dos no me niegues ese ojete por favor»</i>
---	--

Si bien las canciones de este grupo no fueron objeto de algún tipo de denuncia formal, sí merecieron severas críticas de varios sectores de la sociedad por expresar mensajes misóginos o de alto contenido sexual, mediante el uso de un lenguaje plagado de groserías y palabras agresivas contra las mujeres.

No obstante, las precitadas canciones denotan el estilo musical de la banda, propio de un género contestatario y rebelde que emergió en la segunda mitad del siglo XX, y que precisamente pone en relieve la consustancial irreverencia que subyace en el ejercicio pleno de la libertad de expresión artística.

En tal sentido, se torna tolerable, o si se quiere admisible, componer y difundir música bajo otros criterios distintos a los tradicionales, es decir, sin recurrir al empleo de un lenguaje elegante, armonioso y metafórico para expresar los mismos sentimientos, emociones, ideas, opiniones o mensajes que el artista decide transmitir en sus canciones.

Por tanto, aun cuando la letra pueda resultar de mal gusto o ser materia de reproche social por parte de los oyentes, debido a la crudeza (lisuras, jergas, etc.) de las palabras que se emplean para describir situaciones de índole sexual, no se encuentran exentas de cobertura constitucional.

1.2.7. Parodia:

Los emplazamientos notariales contra imitadores son bastante frecuentes. Muchas veces, sirven como amenaza para una denuncia penal por el delito de difamación o, incluso, como un mecanismo de censura que busca acabar con las parodias artísticas. En el año 2008, el General Edwin Donayre mandó una carta notarial al artista Carlos Álvarez con la finalidad de que se desista de seguir imitando a su personaje el «General Edwin Desaire» por estar afectando su honorabilidad y prestigio, pues en una secuencia cómica lo había parodiado cantando una canción llamada «La Gasolina», en clara alusión a su investigación sobre las presuntas irregularidades en el uso de combustible cuando era jefe de una región militar.



En ese mismo año, el ex ministro aprista Rómulo León Alegría remitió una carta notarial al canal de televisión Frecuencia Latina exigiendo la salida de su personaje parodiado por el artista Jorge Benavides en el programa cómico «El Especial del Humor». En dicha imitación, el político era caracterizado con una cola de rata, debido al calificativo que le asignó el ex presidente Alan García y el proceso que se le siguió por el delito de tráfico de influencias y cohecho en el sonado caso de los Petroaudios y por el cual estuvo preso 3 años.



La misiva, firmada además por un estudio de abogados, indicó que la imitación le causaba un grave detrimento a su dignidad y gran dolor para sus hijos y nietos. Asimismo, resaltó que compararlo públicamente con un repugnante animal no autorizaba al medio de comunicación para que, pretextando un *animus iocandi*, difundiera impunemente el agravio sin ningún respeto al afectado, sus familiares y amigos. Por ello, en caso se omita lo solicitado, resaltó que su defensa iba a iniciar las acciones civiles y penales contra las personas jurídicas y físicas responsables de la difamación.

Un caso similar sucedió en el año 2015, en donde el representante legal del jugador Paolo Guerrero envió una carta notarial al canal América Televisión para que deje de transmitir en señal abierta así como en el programa del humorista Carlos Álvarez cualquier imitación, sketch, parodia o unipersonal en el que puedan vincularlo. Además, señaló que el artista cómico en varias oportunidades ha ofendido su honor y reputación a través de una caracterización irrespetuosa, realizando gestos y movimientos que pretenden transmitir al público la idea de que Paolo Guerrero carece de una conducta varonil, lo que afecta su imagen y trayectoria como futbolista profesional a nivel internacional. Finalmente, se adujo que de incumplir lo requerido, se interpondrían las acciones civiles y penales que correspondan.



Posteriormente, en el año 2017, este mismo artista recibió otra carta notarial (con membrete institucional), esta vez remitida por el entonces Contralor General de la República, Edgar Alarcón Tejada, quien le requirió abstenerse de seguir realizando su caracterización como «Edgar Alarcón», sea directamente o por medio de terceros, incluyendo cualquier forma de representación de la misma en los medios de comunicación, porque con



ello se estaba lesionando su derecho al honor y a la buena reputación, consagrados en el artículo 2.7 de la Constitución Política. En el documento, manifestó su indignación por representarlo como una persona que participa de la comisión de actos ilícitos, reñidos con la ética pública y con un gusto exacerbado por el dinero, cuyo mensaje da a entender que el Contralor General comete o está involucrado en actos de corrupción. Precisamente, esta parodia fue creada bajo el contexto de las fuertes denuncias por corrupción que se hizo a dicho alto funcionario, en relación a las compras millonarias de autos y terrenos durante los años que trabajó en la mencionada institución del Estado.

Para analizar estos casos es importante tomar en cuenta que las parodias representan una expresión artística que consisten en la caracterización plástica de un personaje a través de la alteración de sus atributos físicos, conductuales, espirituales o coyunturales y la impostación de la voz, con el objeto de divertir y entretener al espectador. Por ello, es inherente a este tipo de manifestación el alto grado de provocación que genera por el escarnio público del sujeto parodiado.

Tratándose de los servidores públicos (altos funcionarios del Estado, como un ministro, el Contralor General de la República o un general del ejército) o personas que gozan de cierta relevancia pública (futbolista peruano de competencia internacional) resulta razonable admitir que el régimen personalísimo de su derecho al honor, reputación o imagen, tolere aquellas parodias artísticas que tiendan a explotar satírica y humorísticamente aquellas situaciones vinculadas con aspectos de interés general o sean fruto del atributo ficticio asignado por el artista.

Por otro lado, sin perjuicio de los casos precedentes, existen también parodias sobre personajes que son contruidos por pura invención del artista y, en consecuencia no guardan relación con una específica persona u



objeto en el plano fáctico. En este grupo de parodias, encontramos – por ejemplo – a los personajes de la «Paisana Jacinta» y el «Negro Mama», ambos interpretados por el imitador Jorge Benavides y difundidos en señal abierta por un medio de comunicación televisivo. Así, mientras la primera



retrataba a una mujer andina, ingenua, desaseada, grosera, de inteligencia limitada y con pocos dientes, que llegó a la ciudad de Lima en búsqueda de trabajo; el segundo, hacía referencia a un hombre afrodescendiente, desaliñado, grosero,

que en ocasiones hurtaba y en otras se aprovechaba astutamente de la gente. Tales caracterizaciones fueron duramente criticados por diversas

autoridades políticas, organizaciones de derechos humanos y colectivos de la sociedad civil, quienes exigían la inmediata cancelación de sus programas ya que las parodias denigraban a la mujer andina y a las personas afrodescendientes, al tiempo de promover la discriminación contra dichas minorías.

Incluso, en el año 2009, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización para las Naciones Unidas analizó estas parodias, mostrando su preocupación por «la discriminación racial existente hacia los pueblos indígenas y comunidades afroperuanas en los medios de comunicación, incluyendo representaciones estereotipadas y denigrantes hacia los pueblos indígenas y comunidades afroperuanas en programas de televisión»²⁶². Por ello, decidió recomendar al Estado peruano que «adopte medidas tendientes a combatir tales prejuicios en los medios de comunicación, tanto en canales públicos, privados o en la prensa, así como en las actitudes de la vida cotidiana [y] que promueva en el campo de la información, la comprensión, la tolerancia y la amistad entre diversos grupos raciales existentes en el Estado parte, incluyendo la adopción de un código de deontología de los medios de comunicación, que comprometa a los medios de comunicación a respetar la identidad y cultura de los pueblos indígenas y comunidades afroperuanas»²⁶³.

La situación descrita, finalmente, motivó que por Resolución del Tribunal de Ética N° 001-2010/TCQ-SNRTV, del 25 de noviembre de 2010, la Sociedad Nacional de Radio y Televisión ordene a la empresa Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. emitir disculpas públicas porque consideró que, si bien los personajes de la «Paisana Jacinta» y el «Negro Mama» corresponden al ejercicio legítimo de la libertad de expresión en su variante artística a través del humor, los diálogos y conductas atribuidas a este último, emitidos en el programa «El Especial del Humor», sí

²⁶² COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional*. CERD/C/PER/CO/14-17, 28 de agosto de 2009, párr. 19.

²⁶³ *Ibidem*.

afectaban la dignidad de las personas y constituyen expresiones que implican una discriminación racial contra la comunidad afroperuana.

Finalmente, el canal de televisión decidió retirar a los personajes de la televisión y luego, en el año 2013, la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones decidió imponerle una sanción de 20 UIT por no cumplir adecuadamente con las disculpas públicas en contravención al Código de Ética²⁶⁴.

En la parodia de la «Paisana Jacinta», el tema fue mucho más complejo, dado que diversas mujeres, lideresas de organizaciones campesinas, presentaron una demanda de amparo en el año 2014 contra el Presidente del Directorio del canal Frecuencia Latina y los ministros de las carteras de Cultura y Transportes y Comunicaciones, con la finalidad de que se ordene la reformulación de su programa de televisión porque el contenido atentaba contra el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al honor y a la buena reputación, el derecho a la identidad étnica cultural, el principio de tolerancia, el principio de la interculturalidad y la cláusula del Estado Social de Derecho de las mujeres campesinas indígenas del Cusco. Sin embargo, la demanda fue declarada improcedente por sustracción de la materia (la parodia ya había sido retirada de la programación debido a las recomendaciones del citado Comité de la ONU), pero actualmente ha regresado al juzgado para un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto, luego que la sala declaró su nulidad por afectar la debida motivación de las resoluciones judiciales²⁶⁵. Aunado a ello, cabe mencionar la denuncia penal interpuesta por el Alcalde de la Municipalidad del Cusco, Carlos Moscoso, contra el director de la película «La Paisana Jacinta en busca de Wasaberto», estrenada el 2017, por la comisión del delito de

²⁶⁴ Mediante la Resolución Directoral N° 1876-2013-MTC/29, de fecha 12 de agosto de 2013.

²⁶⁵ PODER JUDICIAL. Expediente N° 00798-2014-0-1001-JM-CI-01. Sentencia del 03 de abril de 2017, fundamento tercero. Ver también la sentencia de vista en el mismo proceso, emitida el 04 de setiembre de 2017, fundamentos 16 a 19.

discriminación e incitación a la discriminación, tipificado en el artículo 323° del Código Penal, en agravio de las mujeres del ande peruano.

En este tipo de parodias se puede apreciar los límites a la libertad de expresión artística, ya que si bien aquellas representan una forma hilarante de manifestar las opiniones y/o reprochar las actuaciones de determinados individuos o colectivos, están sujetas al respeto de otros bienes constitucionales que emanan de la dignidad de las personas. Por eso, ni el derecho fundamental de marras es absoluto ni el empleo de un lenguaje satírico puede justificar expresiones vejatorias o comportamientos que muestren un menosprecio por determinadas creencias o minorías.

Los controvertidos personajes son contruidos abordando aspectos sensibles de la naturaleza humana que inciden en la concepción de una sociedad pluricultural, es decir no se basan en la deformación de las características de una persona determinada sino en la visión que se tiene sobre la identidad cultural de determinados colectivos (la mujer andina y la población afrodescendiente) mediante la imposición de estereotipos y prejuicios negativos.

De esta manera, la protección de aquellos rasgos y manifestaciones que definen la identidad cultural de colectivos minoritarios debe representar un elemento de «integración de la sociedad en el marco del pluralismo que profesa el Estado Democrático y Constitucional»²⁶⁶, mas no un elemento diferenciador que fomente su discriminación, rechazo y postergación social, cultural y política, como sucede con la vinculación de la mujer de los andes con la falta de higiene y la ignorancia, así como a los afrodescendientes con la delincuencia.

Por tanto, aun cuando el artista solo tenga la intención de divertir al público con tales manifestaciones artísticas, no puede tolerarse la violación indiscriminada de los derechos a estos grupos minoritarios. Empero, tampoco se trata de prohibir o censurar tales personajes, sino de que el

²⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 0006-2008-PI/TC, sentencia del 11 de junio de 2008, fundamento 25.

creador se ajuste a ciertos parámetros constitucionales o se llame a la autorregulación por parte de los medios de comunicación.

1.2.8. Grafiti:

El grafiti es una expresión de arte urbano que consiste en hacer pintas en aerosol (imágenes o letras) sobre cualquier superficie. Para Ernest ABEL, el grafiti muestra actitudes culturales y conflictos, reflejando problemas sociales, sobre todo de las clases más relegadas de una sociedad²⁶⁷. De ahí que su ejercicio goce de amparo a través del derecho a la libertad de expresión artística.

Sin embargo, muchas veces, estas prácticas son catalogadas como acciones vandálicas que afectan la propiedad privada, el patrimonio histórico, el orden público, la salud, el medio ambiente y la tranquilidad pública. Por eso algunas autoridades han expedido determinadas normas con el objeto de evitar esta clase de manifestaciones.

Por ejemplo, la Municipalidad Distrital de Carmen de la Legua Reynoso emitió la Ordenanza N° 021-2016-MDCLR que prohíbe los grafitis, pintas y afiches en las fachadas de los predios públicos y privados del distrito²⁶⁸. Además, su artículo 4° estableció que «[q]uedan prohibidas, con o sin autorización del titular del predio, las siguientes conductas: 1. Realizar grafitis y pintas sobre las fachadas de predios públicos y privados, así como en mobiliario urbano y bienes de uso y servicio público.»

Un caso muy conocido al respecto sucedió en el 2015, cuando el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Luis Castañeda Lossio, anunció el borrado de los murales y grafitis que habían sido pintados por artistas urbanos, como



²⁶⁷ Cfr. ABEL, Ernest y Bárbara BUCKLEY. *The handwriting on the wall: toward a sociology and psychology of graffiti*. Connecticut: Greenwood Press, 1977, p. 19.

²⁶⁸ Norma publicada el 06 de setiembre de 2016 en el diario oficial «El Peruano».

parte de un concurso convocado por la anterior gestión edilicia de Susana Villarán. La decisión del burgomaestre se sustentó en que la Ordenanza Municipal N° 062-1994-MML le asignaba diversas competencias y funciones sobre la forma, aspecto, uso de las edificaciones y de los espacios públicos y privados en el Centro Histórico de Lima con el fin de conservar, recuperar y realzar sus valores históricos y culturales²⁶⁹.

Aunque no se registran casos donde se hayan prohibido grafitis por el contenido mismo, consideramos preocupante la forma cómo se emplean las normas para vaciar de contenido el derecho a la libertad de expresión artística, impidiendo de manera absoluta – es decir con o sin consentimiento del titular del predio – la práctica de este arte y, con ella, la exteriorización de las ideas que subyacen en los artistas. En esa medida, es necesario entender que dicha libertad presenta un cariz positivo, en el cual las autoridades gubernamentales tienen la obligación de promover el arte y la cultura de las personas, sea como autores o receptores de las obras.

1.2.9. Tatuajes:

Los tatuajes vienen de una práctica ancestral que se ha extendido hasta nuestros tiempos. Sus diseños son elaborados sobre diferentes partes del cuerpo y sirven para expresar determinados sentimientos, pensamientos y opiniones respecto a un determinado ámbito de interés de las personas.

Así pues, se trata de representaciones debidamente consentidas por el individuo o que constituyen parte de su derecho a la imagen, al libre desarrollo de su personalidad o incluso, en ciertos casos, a la identidad cultural de las etnias o pueblos originarios.

Como sostiene la Corte Constitucional de Colombia, el devenir histórico «evidencia que tatuarse constituye una extendida y muy antigua práctica cultural, presente en diversos contextos y lugares, la cual, si bien en determinados momentos ha estado asociada a la esclavitud, al ostracismo

²⁶⁹ Para un mayor contenido del caso puede revisarse la Resolución N° 0166-2016/CDA-INDECOPI, del 23 de marzo de 2016, recaída en el Expediente N° 002112-2015/DDA.

social, e incluso, la criminalidad, en otras, las más de las veces, lo ha estado a la estética, al arte, a las creencias religiosas del individuo, a su pertenencia a un determinado grupo humano, o simplemente, a sus gustos y preferencias personales»²⁷⁰.

Ello no implicaría mayor cuestionamiento, salvo que tales diseños se impusieran en contra de las personas, en donde la expresión de ese arte pueda encontrarse reñida con el derecho a la salud y la integridad o, tal vez, sirviera para mostrar algún discurso o contenido peyorativo.

Esto último puede corroborarse con el pronunciamiento del Tribunal Regional Superior de Brandeburgo (Alemania) que decidió rechazar el



recurso de apelación de un político de extrema derecha por exhibir un tatuaje nazi en una piscina pública. *Marcel Zech*, miembro del ultraderechista Partido Nacional Democrático, había sido condenado a ocho

meses de prisión. Su tatuaje combinaba una imagen del campo de exterminio de *Auschwitz*, con el lema de la puerta del campo de concentración de *Buchenwald* que decía: «*Jedem das Seine*» («A cada uno lo que se merece»)²⁷¹.

Si bien en el Perú no se ha dado este tipo de situaciones, tampoco sería algo improbable, por cuanto podría darse el caso de personas que utilicen sus propios cuerpos para comunicar algún tipo de mensaje a favor del terrorismo, sea con el empleo de símbolos (la hoz y el martillo) o la transcripción de ideas subversivas. Para analizar ello, tendría que recurrirse a los parámetros fijados por el TC respecto a la calificación de la apología al terrorismo, entre los cuales tenemos los siguientes: «i) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado, ii) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme, iii) Que el medio utilizado

²⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-030/04, del 22 de enero de 2004, acápite 3.

²⁷¹ Consulta: 05 de mayo de 2017. <<http://es.euronews.com/2017/04/20/un-tribunal-rechaza-la-apelacion-de-un-politico-ultraderechista-condenado-por>>.

por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas, y iv) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso».²⁷²

1.2.10.Memes:

El avance de la tecnología también se ha puesto al servicio de las nuevas tendencias de la comunicación, tal como sucede con los famosos memes que han inundado las redes sociales con diferentes imágenes y frases jocosas de personajes, animales u objetos.

Estas representaciones constituyen una forma de expresión artística en la medida que se trata de creaciones humanas ingeniosas que fusionan textos,



fotos, caricaturas, etc. para difundir virtualmente una determinada idea o mensaje en forma satírica. Los ejemplos que pueden predicarse en este apartado son varios, sin embargo únicamente se van a presentar dos de ellos por la

relativa notoriedad que se generó en estas redes virtuales. El primero de ellos estuvo dirigido contra el Congresista de la República José Luis Galarreta, en el que aparece acompañado de una frase referida a que no puede masturbarse por tener prótesis de metal en sus brazos.

En esta imagen se puede advertir que la manifestación artística no solo tiene un propósito festivo y satírico sobre la impronta en la imagen del funcionario, sino la especial peculiaridad de emplear una expresión que sirve para atacar directamente a una persona con discapacidad. En otras palabras, el uso de un término peyorativo para burlarse de una limitación física y, con ella, rebajar su dignidad intrínseca como ser humano, no puede ser tolerado pacíficamente en el marco de un Estado Constitucional que pone en el centro de protección a la persona. Por tanto, toda vez que la

²⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 00010-2002-AI/TC, sentencia del 03 de enero de 2003, fundamento 88

calificación atribuida en el meme no guarda relación con la función pública que ejerce inclusive, consideramos que excede del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión artística.

En el segundo caso, se muestra un meme creado en el contexto de la muerte de la niña Jimena, menor de 11 años que había sido violada y asesinada por un sujeto que la llevó con engaños en una bicicleta. En la imagen se conjuga a la víctima, su agresor y la letra de una canción («La Bicicleta») que da a conocer que la niña subió voluntariamente a la bicicleta de su victimario creyendo que se trataba de



su cantante favorito, cuando en realidad era un violador. La difusión del meme provocó un sinnúmero de reacciones en las redes sociales. Al respecto, la atención del caso demanda la necesidad de valorar en forma conjunta todos los elementos que participaron en esta clase de expresión artística.

Por ello, si bien se trata de una imagen creativa, de los elementos que convergen en el meme fluye la intención de generar escarnio respecto a un episodio lamentable que acabó con la inocencia y existencia de una menor de edad, en manos de un violador. De ahí que, al manifestar un absoluto desprecio hacia la vida, el honor y la dignidad de las personas se incumple con el deber de memoria, el cual – como sostiene el juez Cancado Trindade – es, en realidad, un imperativo de justicia y dignidad, un deber que cada uno tiene consigo mismo, y que además recae sobre todo el cuerpo social.»²⁷³

En ese sentido, habiendo observado que el móvil del autor escapa del clásico ánimo de bromear y recae sobre la memoria de un fatídico momento de la

²⁷³ CORTE IDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia del 12 de septiembre de 2005. Voto razonado del juez A.A. Cancado Trindade, fundamento 14.

víctima y sus familiares, se concluye que la difusión de ideas contenido en el meme no está comprendida en el derecho a la libertad de expresión.

2. DELIMITACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL PERÚ:

Las manifestaciones artísticas, en tanto actos de absoluta libertad, son parte de un mundo inacabado, en donde la inefable creatividad humana permite otorgarles valor a diversos instrumentos con la finalidad de transmitir sentimientos, ideas y opiniones respecto a una determinada parcela de la realidad.

Así pues, no deben ser analizadas desde la simpleza o complejidad de su elaboración y mucho menos bajo el parámetro de lo que un grupo de personas estime como moralmente válido, por cuanto ello implicaría una restricción directa a la libertad creadora del artista al diseñarle un techo ideológico en el cual deba enmarcar su actividad.

El arte, por su propia naturaleza, es una forma de expresión particular que tiene un carácter contestatario, irreverente, innovador, crítico, que busca crear un estado de reflexión sobre las enraizadas estructuras sociales para propiciar cambios. Como sostiene Javier MARTÍNEZ-TORRÓN²⁷⁴, partir por identificar legalidad y legitimidad moral es un error notable. Hay expresiones ofensivas que el derecho debe permitir, pero que no por ello se hacen acreedoras a un juicio moral positivo por parte de la sociedad.

Es por eso que la libertad de expresión artística no implica un ejercicio pacífico del derecho, pues por el hecho de decodificar los mensajes contenidos en la creación del artista pueden llegarse a afectar otros bienes relevantes para el sistema democrático, como son la dignidad, el honor, la imagen, la propiedad, la religión, el medio ambiente, la protección del menor de edad, la moral, el orden público, etc.

Por tanto, resulta necesario delimitar el radio de acción de este derecho constitucional con la finalidad de brindar una adecuada protección a esta clase de expresiones que se vienen difundiendo con mayor frecuencia a través del arte.

²⁷⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. «La tragedia de *Charlie Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico». En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2015, p. 330.

2.1. Principios:

Los basamentos medulares que estructuran el ejercicio, y desde luego los límites, de la libertad de expresión artística se sustentan en una serie de principios que constituyen guías interpretativas al momento de analizar cuándo una determinada expresión es compatible con en el orden jurídico constitucional o cuándo corresponde restringir su difusión hacia terceros. Entre ellos podemos enunciar los siguientes:

a) Neutralidad:

Bajo el principio de neutralidad se busca garantizar que las medidas regulatorias (normas jurídicas, administrativas o de otra índole) no incidan directamente en el contenido de las expresiones, permitiendo así la libre circulación de ideas (políticas, religiosas, abstractas, etc.), por muy críticas o extravagantes que parezcan.

Para Owen FISS, mediante el principio de neutralidad en el contenido «el Estado está impedido para favorecer o desfavorecer a una de las partes de un debate. Lo anterior, a efecto de evitar que el Estado controle la elección de la gente entre una u otra perspectiva que compiten entre sí».²⁷⁵

En otras palabras, pretende evitar que tanto el Estado como los particulares únicamente otorguen protección constitucional a una expresión artística específica, que puede estar basada en sus propias preferencias sobre la belleza, postulados moralistas o sentimientos mayoritarios, excluyendo otro tipo de discursos o mensajes artísticos.

Por eso existe una presunción de cobertura respecto de cualquier expresión artística, pues todas las formas de discurso expresivo a través del arte se encuentran protegidas *prima facie*, sin importar su contenido o el grado de aceptación social que reciban. Ello, como sostiene la CIDH, «se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan

²⁷⁵ FISS, Owen. «El efecto silenciador de la libertad de expresión». En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México: N° 4, abril 1996, p. 25.

personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público»²⁷⁶.

Es copiosa la jurisprudencia comparada que resalta el principio de neutralidad como garantía de los artistas frente a la intervención arbitraria del Estado en la regulación de los contenidos o temas que pueden ser abordados dentro del arte. Un claro ejemplo de la aplicación de este principio lo tenemos en *Kingsley International Pictures Corp. v. Regents*²⁷⁷, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció respecto a una ley federal que prohibía el licenciamiento de películas de contenido «inmoral», es decir, aquellas que presentaban secuencias obscenas, indecentes o pornográficas. Para resolver el caso, sostuvo que dicha normativa había vulnerado la Primera Enmienda de la Constitución, al restringir arbitrariamente el derecho a la libertad de expresión a partir de la regulación de su contenido. Y, en consecuencia, no debió negarse la difusión de la película «Lady Chatterley's Lover», por el solo hecho de tratar al adulterio como un comportamiento deseable, aceptable y adecuado en la sociedad.

b) Pluralismo:

Hacer viable el ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística no requiere únicamente que se evite cualquier intento por regular su contenido, sino también promover la participación y/o circulación de un universo indeterminado de ideas (conservadoras, agradables, irritantes, etc.), sin que exista un mayor grado de prelación entre ellas, sea por su elevado nivel de aceptación o grado de esteticidad.

Catalina BOTERO sostiene que mediante este principio, se establece la obligación de garantizar tanto la inclusión de los agentes en el proceso comunicativo, como «la libertad para difundir informaciones que pueden

²⁷⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Organización de los Estados Americanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional, OEA/Ser.L/V/II, 2010, párr. 30.

²⁷⁷ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Case Kingsley International Pictures Corp. v. Regents*, 360, U.S. 684 (1959).

resultar “ingratas para el Estado o cualquier sector de la población”, lo cual es coherente con la “tolerancia y espíritu de apertura” propios del pluralismo.»²⁷⁸

Al respecto, cuando la corporación colombiana analizó la constitucionalidad de la tauromaquia, resaltó la importancia que tiene el principio de pluralismo en el contexto de la libertad de expresión artística. Concretamente, sostuvo que «[e]n un Estado basado en el pluralismo, es una exigencia ineludible para quienes no comparten el valor artístico o el contenido de una obra, abstenerse de impedir que el artista ejerza su libre expresión, y permitir, a la vez, que quienes valoran la obra puedan apreciarla pacíficamente.»²⁷⁹

De esta manera, en el mundo de las artes resulta plenamente exigible respetar la pluralidad cultural que subyace en esta libertad fundamental, aceptando *prima facie* las más diversas manifestaciones artísticas que el autor desee exteriorizar a través de su obra (contenido, estilo, formas, etc.), en tanto ello constituye la base democrática de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

c) Tolerancia:

La tolerancia está dada fundamentalmente para aludir a lo que en realidad corresponde al ejercicio de un derecho, a una virtud privada, a una nueva actitud vinculada al reconocimiento del otro, y a otras realidades tan dispares como incluso contradictorias²⁸⁰. Su observancia, dentro del marco del derecho a la libertad de expresión artística, implica comprender – antes que soportar – aquellas ideas, opiniones o críticas disidentes, impopulares o irreverentes, que el artista manifiesta con la difusión de su arte. Por ello, está orientada a garantizar que la coexistencia de las múltiples expresiones culturales se ejerza sin imposiciones y con un determinado margen de consideración por las visiones personalísimas que cada persona le atribuye a su realidad.

²⁷⁸ BOTERO, Catalina. «Diversidad, pluralismo y libertad de expresión». En: *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ONU y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011, p. 182.

²⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-296/13, del 22 de mayo de 2013, párrafo iii) del fundamento 8.4.4.3.

²⁸⁰ MARCIANI BURGOS, Betzabé. *Tolerancia y Derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado Constitucional*. Barcelona: Edit. Atelier, 2016, p. 17.

Si bien el principio pluralista promueve la aparición libre de las ideas, será a través del principio de tolerancia el que asegure que su ejercicio no sea objeto de acciones ofensivas, agresivas o de censura. Así lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana en el caso de las «mujeres ocultas», al sostener que «sin perjuicio del deber de tolerancia que en virtud del pluralismo le es exigible a quienes se sienten ofendidos por una expresión, también ellos son libres de manifestar su inconformidad, pero sin impedir que el artista ejerza su derecho a la libre expresión y que el resto del público aprecie la obra.»²⁸¹

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional de España reconoce a la tolerancia como un principio inescindible para una sociedad democrática, aun cuando las expresiones artísticas contengan fuertes críticas o sean de carácter burlesco. Esto lo sostuvo en el caso de un reportaje caricaturesco que fue difundido en la revista humorística «Noticias del Mundo», donde aparecía la fotografía de una figura pública con su cabeza y rostro en el cuerpo de otra mujer, mostrando los muslos y una tanga a la cintura, y con el titular «La doble de Chabeli se desnuda». Aquí el órgano constitucional español recordó que este derecho fundamental «comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.»²⁸²

2.2. Arte, artista y expresión artística:

Para conocer el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del derecho a la libertad de expresión artística consideramos valiosos los aportes desarrollados en la experiencia colombiana y alemana, por ser las fuentes jurídicas que cuentan con un diseño constitucional y jurisprudencial más compatible con la dimensión espiritual y autocrítica del ser humano dentro del Estado Constitucional de cultura.

²⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU 626/15, del 01 de octubre de 2015, fundamento 7.3.5.

²⁸² STC 23/2010, del 27 de mayo de 2010, fundamento 3.

En ese sentido, para efectos de definir el precitado derecho carece de toda relevancia jurídica cualificar al sujeto activo por su condición formal de artista, sino mediante aquellos rasgos característicos que lo identifican: i) El empleo de la creatividad, ii) La acción que despliega en el proceso de producir arte (técnicas y métodos) y, iii) El modo de la expresión (verbal o no verbal).

Respecto al primer punto, bajo una interpretación extensiva, únicamente bastará que la persona haga uso de su faz creadora para concluir *prima facie* que el resultado de dicho proceso es un producto artístico. Puede tomarse en cuenta las opiniones de la crítica especializada o las eventuales nominaciones y/o premiaciones que recaigan en la obra, con la finalidad de determinar que estamos ante la presencia de un artista o una auténtica muestra de arte. En todo caso, dichas apreciaciones o reconocimientos servirán para ilustrar al juez sobre la especial valoración de la expresión controvertida y podrán ser meritadas en función a los hechos del caso.

Las técnicas o métodos de producción de arte son de libre elección del artista, en las cuales puede emplear, inclusive, su propio cuerpo como instrumento generador de arte (por ejemplo un cantante, un humorista, etc.)²⁸³ o valerse de elementos de su entorno (material plástico, tecnología, cadáveres, etc.) para ese mismo fin. Recuérdese el caso del «Museo de Seres Humanos» del artista alemán *Gunther Von Hagens* (conocido también como el «Doctor Muerte»)²⁸⁴, que generó

²⁸³ Ejemplo de ello, se encuentra en la obra «*Rythm 0*» de la artista serbia *Marina Abramovic*, que consistía en quedarse inmóvil por un lapso de 6 horas (20:00 p.m. – 02:00 a.m.), en donde los visitantes a su exhibición podrían interactuar con ella y emplear hasta 72 objetos (desde plumas y flores hasta cadenas o una pistola cargada) que había colocado en una mesa. Además, en ese recinto, puso un cartel indicando que durante ese tiempo asumía toda la responsabilidad de lo que le suceda. Como producto de dicha expresión artística, la gente la desnudó parcialmente, le hizo cortes en su cuello con navajas, raspados en su vientre con las espinas de las rosas, tocamientos en sus partes íntimas y le profirieron amenazas con el arma en la yugular. A todo esto, la artista señaló que con su performance había logrado el objetivo propuesto: vivir en carne propia cómo se intensifica la violencia hacia otras personas cuando las circunstancias son favorables para quienes la ejercen, esto es, conocer la deshumanización frente a una persona que no lucha ni se defiende.

En el Perú, se puede citar al llamado «arte de la suspensión corporal» que se produce cuando los artistas se introducen ganchos de acero en distintas partes de la piel con la finalidad de ser elevados y mantenerse suspendidos por determinado tiempo y altura para demostrar la fortaleza mental del ser humano. GANTER SOLÍS, Rodrigo. «Cuerpos suspendidos: cartografías e imaginarios de la piel en jóvenes urbanos». En: *Revista Latinoamericana POLIS*. Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas (CISPO), Núm. 11, 2005, pp. 1 – 19. Consulta: 02 de mayo de 2017. <<https://polis.revues.org/5729#quotation>>.

²⁸⁴ Un estudio interesante podemos encontrarlo en: GARCÍA-ALANDETE, Joaquín. «¿Es arte la exposición de cadáveres plastinados? Reflexiones sobre la obra de Gunther Von Hagens». En: *Revista En Claves del Pensamiento*. Ciudad de México: Año V, Núm. 10, Julio – Diciembre 2011, pp. 39 – 54. Consulta: el 07 de abril de 2017. <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2011000200003> El autor analiza

mucha polémica por presentar verdaderos cadáveres humanos preservados mediante la técnica de la plastinación, en los cuales mostraba explícitamente los músculos, vísceras, venas y huesos en diferentes posiciones. Y es que hablar de arte es referirse a una producción indeterminada, cuya esencia radica en la búsqueda de cambios sociales y culturales a través de otras formas de concebir la vida y el mundo. Estos son, precisamente, los ámbitos objetivos en los cuales el artista y su libertad de expresión cobran real sentido, expandiéndose hacia nuevos y sensibles horizontes.

En cuanto a la forma de expresar el arte, tenemos el modo verbal y no verbal, que engloban un sinnúmero de acciones vinculadas con el tipo de manifestación artística, como puede ser el caso de un escritor, un pintor, un escultor, un mimo, un cantante, un imitador, un caricaturista, entre otros.

La identificación de los elementos antes descritos brindará algunas herramientas importantes para que el operador jurídico pueda calificar qué actividad, bien material o inmaterial, constituye arte y, en consecuencia, debe estar protegido por la libertad fundamental en ciernes, independientemente del contenido satírico, burlesco, ofensivo, irreverente o complaciente que pueda desprenderse.

Finalmente, cabe advertir que el goce de este derecho, inescindiblemente contribuirá al ejercicio de otros bienes fundamentales, entre los cuales resaltamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1), el derecho a participar en la vida cultural de la nación (artículo 2.17) y a la identidad cultural (artículo 2.19), habida cuenta de que constituye una herramienta para que la artista pueda poner en marcha libremente su propio proyecto de vida, mostrarlo frente a terceros y exigir respeto y tolerancia por ello.

2.3. La libertad de expresión artística desde una perspectiva prestacional:

La dualidad que presentan los derechos fundamentales nos permite entender que estos no solo representan exigencias sociales sustraídas de toda intervención

la naturaleza artística de las aberrantes y repulsivas imágenes que podría evocar el hecho de exhibir cadáveres humanos en sus formas más crudas. Al respecto, llega a sostener que «(...) los cadáveres plastinados pueden ser considerados obras de arte por razones diversas: son sometidos a un proceso creativo-transformativo, son expuestos en contextos formalmente artísticos y son considerados por el espectador como obras de arte».

ilegítima (como derechos de defensa), sino también mandatos que necesitan de la acción pública para su plena efectividad (como derechos de prestación). Al respecto, César LANDA sostiene que a partir de la teoría institucional «los derechos fundamentales, en tanto gozan de un carácter objetivo, sin perjuicio de su carácter subjetivo, requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así una nueva relación entre los derechos fundamentales y la legislación.»²⁸⁵

En tal sentido, se puede afirmar que el Estado juega un papel fundamental en la promoción de las artes, pues tiene la responsabilidad de proveer las condiciones mínimas para que las personas puedan desarrollar sus habilidades creativas, así como exhibirlas ante la sociedad. En efecto, se apunta a la concepción de un Estado abstencionista en el libre proceso de construcción de la obra de arte, pero también intervencionista al momento de diseñar las políticas públicas en materia cultural.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)²⁸⁶ ha reconocido que los Estados tienen el deber de proteger, defender y ayudar a los artistas y a su libertad de creación. Con ese fin, deberían hacer lo necesario para estimular la creatividad artística y la manifestación de talentos, en particular adoptando medidas encaminadas a asegurar la libertad al artista, que de otro modo no podría cumplir su misión fundamental.

En el Perú, por ejemplo, el Ministerio de Cultura contribuye con dicho propósito, pues ha elaborado lineamientos de trabajo específicos con el objeto de alentar la creación, defender la apropiación social del patrimonio, apoyar las industrias culturales y promover y difundir las artes²⁸⁷. Dentro de esta entidad, encontramos a la Dirección de Artes, encargada de diseñar, promover e implementar políticas, estrategias y acciones orientadas a estimular la actividad creativa en los más diversos campos de las artes escénicas, musicales, plásticas, visuales, artes

²⁸⁵ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 552 – 553.

²⁸⁶ UNESCO. *Recomendación relativa a la condición del artista*. Belgrado: 27 de octubre de 1980, párrafo 3 del apartado III.

²⁸⁷ MINISTERIO DE CULTURA. *Lineamientos de Política Cultural 2013-2016*. Lima: Ministerio de cultura, 2012, pp. 9 29. Ver: <<http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/pagbasica/tablaarchivos/11/lineamientomc.pdf>> Consulta: 10 de febrero de 2017.

aplicadas y multidisciplinarias; asimismo, desarrollar acciones que permitan ampliar el acceso de la ciudadanía al ejercicio de sus derechos culturales respecto a la formación, creación, producción, circulación, difusión y disfrute de las expresiones artísticas de sus identidades y diversidad²⁸⁸.

Pero el apoyo no solo se materializa en acciones administrativas, legislativas o políticas, sino también en medidas de índole económica. De esa forma, el Estado podría destinar fondos públicos para que los artistas puedan elaborar o difundir libremente su arte a través de la construcción de locales, museos, habilitación de espacios públicos, convocatoria de competencias y/o concursos, capacitaciones, provisión subsidiada de insumos, etc.

Sin embargo, el problema se presenta cuando de la mano de esta intervención pública se pierde el verdadero sentido de «libertad» en la expresión artística, es decir, cuando se producen efectos contraproducentes en el equilibrado juego de intereses de la institución y los artistas que reciben el apoyo («fallas de la política»)²⁸⁹, al punto de aparecer actos de censura previa o selección arbitraria del tipo y contenido de arte que se quiere exhibir. Para evitar esta situación, consideramos que deben observarse parámetros objetivos de selección de las obras y los principios rectores que vertebran el precitado derecho fundamental.

Ejemplo de ello sería cuando el Estado realice una convocatoria para apoyar el crecimiento del artista joven a través de la difusión de sus pinturas. En la selección de las obras que podrían ser expuestas al público se deberían tomar en cuenta criterios objetivos, tales como un tema específico (el surrealismo, la contaminación ambiental, arte contemporáneo o vanguardista, la pobreza, etc.), la calidad o tipo de técnica utilizada, una edad determinada, entre otros.

Lo que se desea en estas iniciativas públicas – aunque también podrían provenir del sector privado – es evitar que la comisión encargada de evaluar las propuestas goce de una discrecionalidad ilimitada para escoger cierto tipo de obras artísticas

²⁸⁸ Artículo 82 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.

²⁸⁹ FREY, Bruno. «La economía del arte». En: *Colección de Estudios Económicos*. Barcelona: La Caixa. Servicio de Estudios, Núm. 18, 2000, p. 130.

y silenciar arbitrariamente otras que podrían resultarle polémicas, sumamente críticas u ofensivas a sus intereses, preferencias o ideales.

2.4. El contenido de las expresiones artísticas:

La libertad de expresión artística comprende dos momentos: el derecho a crear y el derecho a difundir el arte. Siguiendo a la jurisprudencia colombiana y alemana contenida en los casos de «La exposición de arte pornográfico» (Sentencia T-104/96), «La exposición de arte religioso» (Sentencia SU 626/15) y el caso Mephisto (BVerfGE 30, 173), se considera que el primero goza de una observancia absoluta y prohíbe que cualquier agente público o privado interfiera en el libre desarrollo de las ideas que son inherentes al mundo interno del artista. Es decir, se trata de una esfera íntima, subjetiva y eminentemente privada que descansa en la mente e imaginación del artista, la cual no admitirá limitaciones, salvo el empleo opcional de alguna técnica o su propia capacidad creadora.

En el segundo momento, la situación es distinta, puesto que la exhibición artística puede encontrar algunas limitaciones en la protección de otros derechos constitucionales. Por tanto, se reconoce que estamos frente a un derecho cuyo ejercicio es relativo y, en consecuencia, sujeto a un análisis de proporcionalidad y razonabilidad.

Ahora bien, este derecho no solo puede ser ejercido por el sujeto activo, sino también por cualquier persona que interviene de manera directa para coadyuvar en la difusión de la expresión artística. Así, tomado como ejemplos los casos de «El vendedor de material erótico» (*Case Roth v. United States*, 354 U.S. 476) y «El vendedor de material pornográfico» (*Case Miller v. California*, 413 U.S. 15), provenientes de la experiencia norteamericana, se ha demostrado que en la exhibición del arte pueden intervenir diversos sujetos que – actuando con o sin un interés especial – llegan a ser un nexo fundamental entre el artista y la audiencia.

El rol que desempeñan estos sujetos intermediarios sirve para viabilizar el derecho a difundir las obras del artista y, sobre todo, para visibilizarlo ante el público espectador. Por eso, al igual que el titular (artista), gozan de legitimidad para obrar activa en la defensa de su derecho a la libertad de expresión artística y, por consiguiente, le resultan aplicables tanto las prerrogativas que contiene el

mencionado derecho como las limitaciones que igualmente se desprendan. Dentro de estos alcances, vale mencionar, se encontrarán los vendedores de boletos para un espectáculo taurino, el publicista de una novela, entre otros.

2.5. La naturaleza irreverente de las expresiones artísticas:

Cuando se habla de la irreverencia en el derecho a la libertad de expresión artística suele vinculársele con aquella potestad que tiene el artista para emplear cierto lenguaje que rompe con el conservadurismo cultural que gobierna una sociedad. Este tipo de expresiones, al concretizarse en determinados ámbitos vitales, recibe diversas denominaciones. Por ejemplo, en materia religiosa, se invocará a la blasfemia, mientras que en el ámbito artístico, a la sátira.

En el arte, la irreverencia se muestra como un instrumento que orienta la creatividad del autor, de tal manera que puede llegar a producir sus obras abarcando temas muy controvertidos para la comunidad, o incluso para determinadas personas. En ese sentido, resulta frecuente evidenciar el empleo de expresiones satíricas, es decir, con una crítica ácida, exagerada, distorsionada, sarcástica o burlesca hacia un elemento de la realidad.

Concebida para hacer reír, generar sorpresa o estupor, la sátira se hace presente como instrumento de denuncia y crítica social en las distintas manifestaciones del arte: la literatura, el teatro, el humor gráfico, el artículo periodístico, los programas o los *sketch* televisivos, el cine o la canción²⁹⁰. Por ello, para determinar la legitimidad de este tipo de expresiones no se pueden imponer exámenes de veracidad – que es más propio de la libertad de información –, en donde la validez de las manifestaciones artísticas dependa del grado de comprobación de las características reales del sujeto u objeto retratado. Así por ejemplo, sería inapropiado evaluar el cariz artístico de una parodia a partir de la verosimilitud de los hechos o personajes imitados (similitud entre la parodia y lo parodiado), pues evidentemente su inconstitucionalidad se tornaría previsible. Lo mismo

²⁹⁰ VALERO HEREDIA, Ana. «Libertad de expresión y sátira política: Un estudio Jurisprudencial». En: *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*. Sevilla: N° 2, Vol. 1, año 2014, p. 87.

podría suceder en el caso de las caricaturas, los poemas, la letra de canciones u otras formas de arte.

Además, afirmar que la irreverencia es un elemento consustancial a la libertad de expresión artística nos permite entender que estamos ante un derecho que por su naturaleza tiende a provocar, confrontar y generar en el sujeto receptor emociones mayoritariamente negativas. Sin embargo, no por el hecho de que el arte despierte cierto rechazo en el espectador, constituye un motivo suficiente y razonable para prohibirlo, pues precisamente en ese ejercicio reside su auténtica razón de ser.

Tampoco debe caerse en la falsa idea que estamos ante un derecho absoluto e irrestricto, ya que dicha concepción vacía el contenido de otros derechos fundamentales. Únicamente, significa poner en relieve que esta libertad fundamental merece una valoración particular en nuestro Estado Constitucional por su compromiso con la cultura, y que por ello puede diferenciarse de su derecho matriz: la libertad de expresión. Así lo ha destacado el TEDH en el caso *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, cuando sostiene que el ejercicio de la libertad de expresión artística «debe ser examinada con especial cuidado».

2.6. Límites y criterios de solución en conflictos

Como hemos sostenido en los acápites precedentes, la libertad de expresión artística es un derecho que requiere ser analizado con una singular atención, por cuanto no solo está en juego la libre difusión de ideas para fortalecer nuestro sistema democrático, sino también la dimensión cultural del ser humano que pone en marcha toda su capacidad e intelecto en aras de contribuir a la formación cultural del Estado Constitucional.

Ahora bien, la libertad de expresión artística no es un derecho absoluto, por cuanto se ejerce en armonía con otros derechos o libertades fundamentales, de forma razonable y proporcional. Por eso, a pesar del amplio ejercicio de este derecho, su irreverencia y la especial protección como elemento cultural e identitario de una sociedad, también puede ser limitado. Si bien la técnica de la ponderación constituye una herramienta valiosa para resolver las controversias que la casuística plantea, también cabe recordar que la jurisprudencia comparada (en los

casos aquí propuestos) ha brindado diversos criterios que pueden servir para arribar a una adecuada solución jurídica, conforme se mencionan a continuación:

2.6.1. Toda interpretación del arte debe promover el acceso a la cultura:

En un Estado de Cultura el ser humano se convierte en el principal arquitecto de su vida espiritual y cultural. Por eso, tanto los agentes públicos y privados tienen la obligación de desarrollar todo tipo de actuaciones que promuevan las artes, la educación y la ciencia.

Así, mientras más se fomente y garantice el acceso de las personas a la cultura, mayor será el nivel de intelección y crítica que se adquiera para fortalecer el ámbito social, político y democrático del país, así como la defensa de la dignidad y los demás bienes fundamentales que soporta el orden constitucional. Por ello no cabe realizar interpretaciones restrictivas cuando se trata de proteger la libertad de las artes, pues corresponde al Estado asegurar por todas las vías que esta dimensión cultural del ser humano se desarrolle y trascienda de los cánones morales o estéticos.

En la sentencia T-104/96, la Corte Constitucional colombiana entró a analizar un caso donde se habían retirado cuadros artísticos porque fueron considerados pornográficos, contrarios a la moral y lesivos para los niños que veían las imágenes. No obstante, dicho tribunal decidió conceder la tutela a favor del artista y recordar que el Estado y los padres tienen la obligación de garantizar un desarrollo cultural integral a los hijos con el objeto de contar con una adecuada educación sexual y ser capaces de reflexionar sobre aquellos objetos que influirán en su escala moral.

Esta misma corte, sostuvo en la sentencia T-296/13 que las corridas de toros no podían ser prácticas inconstitucionales, en tanto representan expresiones artísticas y culturales de vieja raigambre histórica; por lo que esta actividad cultural deberá ser protegida, si se cautela el sufrimiento animal, se realiza para ciertas ocasiones y en lugares donde configuren una tradición periódica e ininterrumpida. En BVerfGE 83, 130 [Josephine Mutzenbacher], la Corte Constitucional de Alemania estimó que la novela «*Josephine Mutzenbacher*» forma parte del proceso de aprendizaje de los

menores y, por ende, debería ser atendido por el Estado, a pesar de que reseñe pasajes sobre temas controvertidos como la prostitución infantil, la promiscuidad y otras perversiones sexuales. Por último, cabe resaltar que en BVerfGE 30, 173 [Mephisto], esta corte constitucional fijó como criterio para dirimir los conflictos de la libertad artística que toda interpretación constitucional al concepto artístico tiene que estar delimitado esencialmente por la cultura y que no se encuentra sujeta a estándares restrictivos.

2.6.2. La libertad de expresión artística no es un derecho exclusivo y excluyente de las mayorías:

El arte es una forma sofisticada de expresar ideas o críticas respecto a un determinado asunto. Funciona como un instrumento de comunicación dentro del pluralismo ideológico que subyace en todo sistema democrático y recae también en sectores minoritarios que buscan cambios o reformas en el funcionamiento de la sociedad.

Por ello un adecuado ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística no puede ser medido en base a la opinión mayoritaria de las personas, la moral predominante o los patrones culturales que definen a una comunidad, pues se correría el grave riesgo de resignar la censura al capricho de las masas y, sobre todo, vaciar de contenido su verdadera razón de ser. Esto ocurrió, por ejemplo, en *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, donde el TEDH declaró que no se vulnera la mencionada libertad fundamental cuando es necesario garantizar la paz religiosa en una población mayoritariamente católica a través de la censura a una película blasfema.

Sin embargo, en la sentencia SU 626/15, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que «la exclusión de una actividad artística no puede depender únicamente de una decisión mayoritaria o de una defensa minoritaria», lo que permitió proteger la expresión de arte consistente en la exposición de objetos de la religión católica, acompañados – muchos de ellos – con las partes íntimas de la mujer.

2.6.3. El *animus iocandi* como rasgo caracterizador de las expresiones artísticas:

Un elemento importante a considerar en el adecuado ejercicio de las expresiones artísticas es su intencionalidad. Se ha dicho que en este tipo de manifestaciones por lo general se emplea la sátira, la burla o la ironía al momento de difundir el contenido de los mensajes artísticos. No debe perderse de vista que en el arte muchas veces las ideas son deslizadas con una crudeza superlativa, generando provocación o agitación al sujeto espectador. Por eso, se hace imperioso evaluar si la expresión que causa agravio fue deslizada con el ánimo de bromear o de injuriar, si fuere el caso. En el caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, la Corte Suprema norteamericana estableció que en una expresión artística debe analizarse la «real malicia» o la «intención dolosa» del autor, es decir, la convicción e intención plena de que está difundiendo ideas falsas contra el sujeto retratado. Igualmente, en *Elonis v. United States*, 575 U.S., esta instancia resaltó la necesidad de tomar en cuenta el *animus* de un artista que componía letras de rap con amenazas dirigidas a su ex pareja.

2.6.4. La calificación de expertos constituye un criterio referencial:

La opinión de una comunidad de especialistas o críticos de arte es un factor que debe ser valorado por el operador jurídico al momento de evaluar el amparo constitucional que le asistiría a una determinada expresión artística. De esta manera, si bien no existe un mandato vinculante para acoger las apreciaciones negativas o positivas que realicen los entendidos en la materia, resulta evidente que tales consideraciones podrían aportar una lectura especialísima sobre las expresiones controvertidas.

En la jurisprudencia comparada, como el caso *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que la novela «*Memoirs of a Woman of Pleasure*» – cuyo contenido relatava las experiencias sexuales de una prostituta – tenía cobertura constitucional, luego de tomar en cuenta que la opinión de expertos brindada en el tribunal federal resaltó el valor artístico de la obra. Igualmente, en *Jenkins v. Georgia*,

418 U.S. 153, la corte amparó bajo la Primera Enmienda constitucional a una película denunciada por quebrantar la Ley de Obscenidad federal, considerando – entre otros aspectos – su nominación por la academia a los premios Óscar.

También, en la citada sentencia SU 626/15, el máximo intérprete constitucional de Colombia destacó que «la opinión de una comunidad de expertos, el reconocimiento hecho por el autor o por el público, así como la existencia de una tradición que indique que una expresión es considerada artística, constituye un referente imprescindible».

2.6.5. Las expresiones artísticas deben ser analizadas a partir de su contexto:

Toda restricción o limitación a la libertad de expresión artística debe ser examinada a la luz de los hechos del caso en su conjunto, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que estos se presentaron. Por tal razón, es necesario que el juzgador al momento de resolver una controversia jurídica se apoye en una serie de elementos, como: la naturaleza de la expresión que decide ejercitar el artista, el escenario donde exterioriza dicha expresión y el público al que va dirigido.

Lo antes afirmado podrá contrastarse en diversas situaciones. Por ejemplo, cuando se difundan pinturas eróticas en una galería de arte contemporáneo, y eventualmente dirigido para un público mayor de edad, encontraríamos una mejor posición para salir en defensa de dicha libertad ante cualquier intento de censura o restricción de un grupo de personas; asimismo, en el caso de parodias artísticas o programas humorísticos, si la mofa o la crítica a través de la sátira son usuales o recurrentes, e incluso cuando las cuestiones religiosas suelen ser objeto de burlas, el grado de libertad de expresión debe ser, en principio, mayor²⁹¹.

Sin perjuicio de ello, es necesario añadir que en caso de que no concurra alguno de los mencionados supuestos, no necesariamente significa que la

²⁹¹ ZEA MARQUINA, Elizabeth y otros. *Óp. Cit.*, p. 21.

libertad de expresión del artista deba ser anulada *ipso facto*; por el contrario, tal situación obliga a recurrir a otro tipo de apreciaciones.

La jurisprudencia comparada es copiosa al respecto, ya que en el caso de «El Mañanero de la Mega» en Colombia (sentencia T-391/07), se sostuvo que para evaluar si una manifestación artística afecta a terceros tendrá que valorarse de modo conjunto el lenguaje empleado, las características de la expresión y el contexto del emisor y el receptor.

Similar situación se vio en *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos arguyó que para evaluar si las expresiones artísticas (película) eran sacrílegas o blasfemas, consideró importante analizar el contexto temporal y geográfico, pues ello haría variar el grado de intensidad de la afectación o tolerancia. También en BVerfGE 67, 213 [Der Anachronistische Zug], el Tribunal Constitucional alemán estimó necesario valorar la totalidad de una obra de teatro y no sus escenas aisladas, con el fin de apreciar si se afectaba la imagen del político que se consideró burlado con la representación simbólica. Finalmente, en el caso *Dieudonné M'BALA M'BALA v. Francia*, el TEDH también se remitió al contexto de las expresiones satíricas emitidas en un sketch humorista para determinar si dicho arte entrañaba un discurso de odio contra la sociedad judía.

2.6.6. Se exige un mayor nivel de tolerancia cuando la expresión artística está dirigida contra funcionarios o personajes públicos:

Se trata de un criterio que también es aplicado para el genérico derecho de libertad de expresión, el cual ha sido precisado por la jurisprudencia de la CORTE IDH. Así, en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, dicho organismo internacional sostuvo lo siguiente: «los límites de la crítica admisible son menos amplios respecto de los particulares, en lo general, que respecto de los políticos y funcionarios en el ejercicio de sus funciones».²⁹²

²⁹² CORTE IDH. Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 117.

En el caso de las manifestaciones realizadas a través del arte debe tomarse en cuenta que su contenido muchas veces no exterioriza una simple crítica, antes bien, puede llegar a contener expresiones (verbales o conductuales) altamente provocadoras, ácidas o controvertidas, como sucede con el uso de la sátira, dirigidas contra servidores públicos o personas de connotada presencia pública.

Frente a esta situación, consideramos que deben practicarse 2 análisis distintos. El primero, que parte por reconocer al lenguaje satírico como una forma de expresión más invasiva, irreverente y estrambótica que la crítica tradicional; y el segundo, que exige un umbral de tolerancia más elevado a quienes se encuentran inmersos en el ámbito público y, sobre todo, respecto al ejercicio de sus funciones públicas. Esto último fue apreciado por el TEDH en *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, cuando estimó valorar la posición pública que ocupaba el sujeto caricaturizado (miembro del parlamento austriaco) para decidir que la pintura erótica donde fue retratado no había afectado su honor ni su imagen. Del mismo modo, en *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, la Corte Suprema de los Estados Unidos resaltó que la Primera Enmienda constitucional comprende el derecho a criticar a las figuras públicas, a pesar que fuera con un lenguaje sumamente incisivo y a través de las parodias o las caricaturas.

2.6.7. La libertad de expresión artística goza de mayor protección si versa sobre asuntos de relevancia o interés público:

El interés público, en su versión clásica, ha sido definido como «las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes».²⁹³

No obstante, cuando el ordenamiento jurídico otorga protección constitucional a las expresiones de naturaleza artística, ciertamente no se

²⁹³ CORTE IDH. Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina, sentencia del 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 61.

circunscribe a la teoría democrática-institucional de la libertad de expresión, pues esta modalidad particular que sirve para exteriorizar el pensamiento puede comprender asuntos tan complejos como abstractos, de escaso valor comunitario o ajenos toda referencia política.

Entonces, se parte por admitir *prima facie* que toda manifestación artística tiene cobertura constitucional por formar parte de una libertad comunicativa, pero adquirirá un estándar de protección superior si la misma posee un determinado interés público, esto es, se trate de un evento vinculado con el funcionamiento de la cosa pública y, por ende, goce de meridiania importancia para las personas. Por ejemplo, en el caso *Karatas v. Turquía*, el TEDH consideró que los poemas denunciados tenían un trasfondo político que convertía a la obra artística en una auténtica expresión del interés público, al referirse a un conjunto de críticas hacia el gobierno.

2.6.8. Deben optarse por restricciones mínimas para favorecer la difusión del arte:

Otra de las pautas que pueden orientar la resolución de los conflictos constitucionales donde se discuta la legitimidad de las expresiones artísticas recae en el deber de preferir o establecer restricciones mínimas en aras de salvaguardar la exhibición del arte, y por consiguiente, el libre flujo de ideas de connotación artística.

En el caso BVerfGE 1585, 13 [Sampling], el Tribunal Constitucional alemán sustentó que la conversión de sonidos en otra pieza musical significaba una restricción mínima a los derechos de autor que puede ser tolerada para fomentar el desarrollo de las artes y la difusión de la cultura. Del mismo modo, en el caso *Wingrove v. The United Kingdom*, el TEDH sostuvo que una película erótica con personajes católicos pudo evitar la lesión contra las normas de la blasfemia, si hubiera establecido determinadas restricciones a su distribución, tales como su exclusividad en tiendas eróticas y un mercado de consumo adulto.

2.6.9. Las expresiones artísticas sobre determinados colectivos requieren de una interpretación reforzada:

Cuando el ejercicio de la libertad de expresión artística se dirige contra sujetos de especial protección o personas en situación de vulnerabilidad, el conflicto plantea una lectura más sensible de los hechos y tiende a exigir una labor interpretativa más rigurosa por parte del operador jurídico. Ello porque en principio es distinto parodiar, satirizar, caricaturizar, etc. a una figura pública y respecto de sus funciones públicas, que referirse a las discapacidades físicas o motoras de una persona que ostente o no dicho cargo.

Otros supuestos sobre los cuales despierta esa necesidad de fortalecer las líneas argumentativas para analizar la legitimidad de las expresiones de arte estarán dados por los siguientes grupos sociales: niños, niñas y adolescentes, mujeres, afrodescendientes, adultos mayores, comunidad LGBTI, etc. En estas categorías, inclusive, pueden confundirse las expresiones con algunos indicios de discriminación o discursos de odio.

Es importante destacar que el artículo 13.4 de la CADH admite la censura previa en el acceso a los espectáculos públicos si, y solo si, tiene por objeto proteger la moral de la infancia y la adolescencia. Esto, ciertamente, permite advertir el alto grado de importancia que tiene la niñez y adolescencia para la comunidad internacional como límite al ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, no deja de llamar la atención cuando se pretende realizar una aproximación a la esfera de las expresiones artísticas, ya que cabría preguntarse qué tan amplio es el concepto «espectáculos públicos» o qué implica proteger la «moral de la infancia y la adolescencia», pues bajo esa cláusula convencional aparentemente toda clase de espectáculos que involucre la presencia de menores de edad estaría vetada, más aún si en las artes es frecuente abarcar temas sensibles y polémicos que trastocan las valoraciones sociales.

Por ejemplo, en el caso *Müller y otros v. Suiza*, el TEDH evaluó si la incautación de pinturas que mostraban diversos comportamientos sexuales (sodomía, felación, masturbación y bestialidad) afectaba el derecho a la libertad de expresión. Aquí, la justicia europea señaló que la citada medida era adecuada para proteger la moral pública de terceros, como son los visitantes menores de edad.

En otra controversia, específicamente en el conocido caso *Dieudonné M'BALA M'BALA v. Francia*, este mismo tribunal internacional convalidó la restricción a la parodia de un humorista, por las expresiones vejatorias realizadas contra la comunidad judía.

2.6.10. El test de proporcionalidad como herramienta pacificadora del conflicto:

El test de proporcionalidad es un mecanismo de pacificación de conflictos que se emplea cuando existe una colisión entre principios o derechos fundamentales. De esta manera se analiza los bienes enfrentados con la finalidad de establecer cuál de ellos será sacrificado para dar lugar a la vigencia y extensión del otro²⁹⁴ en aras de dar una solución aplicable al caso concreto y metodológicamente sustentado.

El procedimiento empleado para aplicar el test de proporcionalidad – como se ha visto en el capítulo anterior – varía ligeramente de acuerdo con el sistema jurídico de cada Estado u orden normativo, como por ejemplo el TEDH; no obstante, mantiene una estructura similar consistente en analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva. En el ámbito artístico, ello se invocaría para aquellos casos donde esta clase de expresiones conlleve una tensión con los derechos a la imagen, al honor, a la libertad religiosa, entre otros.

En tal sentido, cabe poner de relieve que en la sentencia T-015/15, donde se discutía si una obra artística afectaba el derecho a la intimidad y al buen

²⁹⁴ Cfr. GUASTINI, Riccardo. «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales». En: *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, p.79.

nombre, la corte colombiana sostuvo que en caso de colisión con otros derechos fundamentales corresponde aplicar un control constitucional estricto, llámese test de proporcionalidad. Asimismo, en *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 y *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560, la Corte Suprema de los Estados Unidos acudió a la técnica de la ponderación para determinar si los bailes desnudos vulneraban o no el orden público.

2.7. La censura previa en el ámbito artístico:

La censura es una institución jurídica asociada por antonomasia a las libertades comunicativas y constituye una forma de supresión radical – no apenas una limitación relativa – de la posibilidad de expresar el pensamiento. Esta censura afecta drásticamente el derecho de otras personas a tomar conocimiento de las ideas de terceros y, en tal sentido, genera nuevas violaciones que van más allá del emisor del mensaje²⁹⁵. En el mundo de las artes, suele ser aplicada cuando se trata de evitar la difusión o exhibición de películas, bailes, caricaturas, poemas, canciones, etc., que son expresiones inherentes al ejercicio de la libertad artística.

En tal sentido, de acuerdo con las disposiciones fundamentales que regulan el ejercicio de la libertad de expresión artística, en el Estado Constitucional de cultura no cabe admitir la represión de las manifestaciones de arte atendiendo exclusivamente al solo hecho del contenido que encierran sus ideas. Por el contrario, debe garantizarse su máxima difusión, en la medida que fortalece la identidad de las personas, contribuye a un desarrollo educativo más humano y crítico, y robustece los cimientos de nuestro sistema democrático. Ello, claro está, sin más reparo que la responsabilidad ulterior que se infunde al artista frente a un eventual abuso o exceso.

El artículo 13.3 de la CADH estipula la denominada censura indirecta, que consiste en restringir al mencionado derecho por vías o medios indirectos, como el abuso de controles oficiales o particulares, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y

²⁹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Alejandra GONZA. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, D.F.: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p. 33.

aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Nuevamente aquí encontramos variados supuestos susceptibles de acontecer en el ámbito artístico, los cuales si bien no atacan directamente a la expresión *per se*, terminan por incidir intensamente en la libertad del artista ya sea en el momento de crear o difundir sus obras.

En muchos casos, la censura es contraproducente ya que da mayor publicidad a las obras polémicas²⁹⁶. Sin embargo, el temor que genera la censura en los artistas y las instituciones artísticas conduce a menudo a la autocensura, que sofoca la expresión artística y empobrece la esfera pública.²⁹⁷ Esta conducta puede motivarse por el temor a sufrir represalias de autoridades estatales o de grupos privados, tales como verse sometido a persecución política, judicial o tributaria, a la pérdida de publicidad (prevenir una suerte de censura indirecta); o a hacerlo a cambio de recibir contraprestaciones económicas, favores políticos o judiciales²⁹⁸. La libertad de expresión artística requiere necesariamente de un entorno exento de miedo e inseguridad.

En cuanto a las excepciones de la norma, se permite que las manifestaciones artísticas puedan ser censuradas solo cuando medie un mandato judicial debidamente motivado, dado que la censura previa debe ser una medida excepcional, adoptada únicamente para evitar un daño grave e irreparable a la vida o a la propiedad cuando estas se ven amenazadas de manera inminente. Un sistema en el que se exija automáticamente la autorización oficial del contenido antes de que pueda ser publicado sería inaceptable, ya que el daño que causaría a

²⁹⁶ Un ejemplo de esto es la película «Caiga quien Caiga», inspirada en el proceso judicial y captura del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos. Tanto él como Laura Bozzo mandaron cartas notariales al director del filme, Eduardo Guillot, con la finalidad de frustrar su exhibición ya que aducían que su buena imagen se afectaba, amenazándolo – incluso – con iniciar procesos civiles. El escenario descrito, lejos de evitar la proyección de la película, generó publicidad y expectativa en las personas.

²⁹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*. Óp. Cit., p 20.

²⁹⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «Las libertades de pensamiento y expresión, de asociación y reunión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana». En: *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, Vol. 16, Núm. 16, 2012, p. 104.

la libertad de expresión y creación artísticas superaría, con mucho, los beneficios de sus objetivos²⁹⁹.

Un caso de censura fue denunciado en la muestra de arte contemporáneo «OUTSIDE 5 (Identidad inconclusa, en crisis, en construcción)», llevado a cabo en la Alianza Francesa de Arequipa (AFA). Esta exposición fue cerrada antes de la fecha establecida, debido a que las piezas elaboradas por el artista y activista del movimiento LGBTI Jesús Álvarez fueron consideradas ofensivas e irrespetuosas por algunas personas. Concretamente, sus obras consistieron en una bandera con el escudo de Arequipa sobre una tela de color rosado, con bordados de quinceañera; una infografía que reinterpretaba el escudo de la ciudad con el título «Arequipa es chocollo» (chocollo es un arequipeñismo que significa cobarde, pero también homosexual, maricón y afeminado); y un video de la performance de un varón enmascarado que simula una felación a una de las torres de la Catedral³⁰⁰.

2.8. Prohibición de responsabilidad penal del artista:

El artista, al igual que el comunicador o periodista, ejerce una función importante dentro del sistema democrático. No se ciñe solo a contribuir a la formación de la opinión pública pues también colabora con el proceso educativo de la persona, sea desde su faz cognoscitiva como creativa. Asimismo, tiene la obligación de fortalecer la esencia cultural de la humanidad a través de la construcción de un sistema de valores y la consolidación de diversos patrones conductuales.

Por ello, su ejercicio no debe alentar ni favorecer en modo alguno a aquellas expresiones o actos discriminatorios, agresivos o que pongan en un riesgo grave e inminente al sistema democrático, dado que ahí sí existirán razones para atisbar alguna medida que limite al derecho fundamental y fije sus respectivas responsabilidades. Desde luego, esto no es invitación para penalizar las manifestaciones artísticas ni mucho menos diseñar una persecución sancionadora contra los artistas, por cuanto lo que puede ser moralmente objetable para algunos no necesariamente debe ser inadmisibles o condenables por ley. Para citar un

²⁹⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*. Óp. Cit., p 15.

³⁰⁰ Mayor información disponible en: <<http://www.diariosinfronteras.pe/2016/12/27/muestra-en-la-alianza-francesa-fue-censurada-por-abordar-tematica-homosexual/>>. Consulta: 08 de mayo de 2017.

ejemplo de esto, podría recordarse el Proyecto de Ley N° 2450/2017-CR, presentado por el Congresista Carlos Tubino, que propuso penalizar a todo aquel que ofenda o cause agravio a otro en su libertad religiosa y de culto.

Las sanciones penales deben ser únicamente medidas de *ultima ratio*, que se aplicarán en situaciones estrictamente justificadas. Por eso, acogiendo la preocupación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales (El derecho a la libertad de expresión y creación artística), es imperioso despenalizar al arte y tomar en cuenta, por ejemplo, el «Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial, religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia»³⁰¹ para aplicarlo a las expresiones mediante la concurrencia de elementos, como: el contexto, el emisor, el contenido o la forma (lo que implícitamente también se refiere a la forma artística), la extensión de la declaración y la probabilidad, que incluye la inminencia³⁰².

3. DIFERENCIAS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA:

A partir de lo expuesto y a modo de colofón, conviene establecer algunas diferencias puntuales entre la libertad de expresión y la libertad de expresión artística:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN	LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA
Es una libertad fundamental genérica	Es una libertad fundamental específica de la libertad de expresión
Está vinculada principalmente con el fortalecimiento del sistema democrático	Está vinculada directamente con el derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad y la promoción de la cultura

³⁰¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*. A/HRC/22/17, del 11 de enero de 2013, p 11.

³⁰² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*. Óp. Cit., p 8.

Se encuentra limitada por el respeto a los derechos de terceros, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas	Por su propia naturaleza no se encuentra supeditado rígidamente a los límites establecidos para la libertad de expresión
Algunos ordenamientos jurídicos la conciben como una libertad preferente	Goza de una protección reforzada y/o especial
Es asociada con el derecho a la crítica	Es asociada con el derecho a la irreverencia (la sátira)
Prohíbe la censura previa y establece la responsabilidad ulterior, salvo en los espectáculos públicos para proteger la moral de la infancia y la adolescencia	Prohíbe la censura previa y establece la responsabilidad ulterior. En el caso de los menores, se busca la intervención del Estado y que los padres de familia orienten la formación integral de sus hijos en el ámbito artístico
No protege los discursos referidos a la propaganda en favor de la guerra y el odio	Si bien no protege los discursos a favor de la guerra o el odio, comprende aquellos contenidos apolíticos, satíricos, irónicos, abstractos, vanguardistas, etc.

La comparación entre ambos derechos fundamentales nos permite analizar los alcances normativos que cada uno de ellos presenta a fin de comprender cuál es el ámbito concreto de la realidad que está llamada a regular, así como los límites internos y externos que contiene al momento de determinar su legítimo ejercicio.

CONCLUSIONES

1. El arte es una manifestación cultural que ha estado presente durante toda la historia de la humanidad (antigua, media, moderna y contemporánea), de ahí que su valoración haya variado de acuerdo a la concepción que desarrolló un determinado tipo de sociedad dentro de un periodo de tiempo específico.
2. No es sencillo para el Derecho entrar a definir lo que debe entenderse por arte, sin caer en conceptos abstractos y subjetivos que lo vinculen con lo bueno, lo bello o lo correcto. Por tal razón, se debe optar por una conceptualización más abierta y basada en sus rasgos característicos para evitar que se recurran a regulaciones sesgadas e interpretaciones restrictivas.
3. El arte se encuentra protegido por diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales y puede ser analizado como un derecho de protección o derecho de defensa. En el primer caso, exige del Estado la implementación de acciones que fomenten y hagan posible su práctica; mientras que, en el segundo, requiere de la no intervención del Estado a fin de garantizar su libre ejercicio.
4. Nuestro ordenamiento constitucional reconoce que el arte es una vía que sirve para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión, uno de los fines del derecho a la educación y también un aspecto esencial para la promoción de la cultura y el resguardo del patrimonio nacional.
5. Bajo un Estado Constitucional de cultura, el derecho a la libertad de expresión artística plantea la concepción de un ser humano altamente reflexivo, crítico, culto y, por ende más libre, que busca desarrollar su espiritualidad e intelecto para contribuir al proceso formativo de las personas y fortalecer la identidad y cultura de la sociedad.
6. El derecho a la libertad de expresión artística constituye la especie dentro del género que es el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, posee una

configuración y contenido autónomo que se deslinda de las concepciones clásicas que propugna este último y trasciende de aquello que puede considerarse como integrante de la opinión pública.

7. La libertad de expresión artística puede ser ejercida por cualquier persona, sin importar su profesionalización, trayectoria o la calificación de la obra. Asimismo, le alcanza este derecho a quienes actúen como intermediarios directos en el proceso de difusión y exhibición del arte hacia el público.
8. El contenido de esta libertad fundamental garantiza el derecho a crear y a difundir el arte. El primero es absoluto y no permite mayor intervención que la técnica y el gusto del artista; en tanto el segundo es más bien relativo, ya que se ejerce de forma equilibrada con otros bienes o derechos fundamentales.
9. La libertad de expresión artística se rige por los principios de neutralidad, pluralismo y tolerancia. Además, tiene como objeto de protección al arte, en sus múltiples manifestaciones, y comprende una dimensión individual que se refiere al acto de la creación, y otra colectiva que implica la exhibición del producto artístico frente a terceros.
10. Las expresiones artísticas se caracterizan generalmente por el empleo de un lenguaje o discurso satírico, mediante el cual difunden ideas u opiniones a través de la burla, la ironía, una parodia, una crítica ácida, humillante, ridícula o provocadora; por eso su validez constitucional necesita ser examinada con especial cuidado en el caso concreto.
11. La libertad de expresión artística permite que el artista goce de un derecho a la irreverencia, es decir presentar un arte que vaya contra los arquetipos socialmente aceptados, por más ofensivos, chocantes, reprochables o críticos que parezcan para un determinado grupo de personas.

12. El uso de la sátira contra determinados colectivos sociales (niños, niñas y adolescentes, afrodescendientes, personas con discapacidad, entre otros) exige un rigor argumentativo más sólido, por cuanto pueden desentrañar en la práctica algunos indicios de discriminación o discursos de odio.
13. La jurisprudencia constitucional de Colombia destaca que mediante el ejercicio de la libertad de expresión artística se fortalece el derecho a la libertad de expresión, a la educación, a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad; incluso, toda vez que acerca a la persona a un escenario de cultura goza de protección reforzada ante cualquier conflicto *iusfundamental*.
14. El prolijo desarrollo de la libertad de expresión artística en Estados Unidos se ha producido a partir de los avances interpretativos efectuados al derecho a la libertad de expresión, adquiriendo una dimensión propia en tanto constituye una modalidad sofisticada y refinada para transmitir ideas y opiniones orientadas al fortalecimiento del principio democrático en el Estado Constitucional de Derecho.
15. La Ley Fundamental de Alemania y los pronunciamientos emitidos por su máximo intérprete constitucional han consagrado a la libertad artística como un derecho autónomo que reposa en la dimensión cultural del Estado Constitucional. En esa medida, reviste de un contenido propio y se desvincula de aquellas restricciones inherentes a la libertad de expresión.
16. El TEDH considera que una medida restrictiva al ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística será válida si concurren de modo inescindible 3 elementos preestablecidos: i) Estar prevista por ley; ii) Tener una finalidad legítima; y, iii) Ser necesaria para una sociedad democrática.
17. En el Perú se torna cada vez más copiosa la casuística sobre este tipo de expresiones, sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional es demasiado escasa y no permite brindarle un tratamiento integral que asegure un ejercicio responsable de esta libertad fundamental.

18. Algunos criterios utilizados para resolver los conflictos que surgen entre el derecho a la libertad de expresión artística y otros bienes fundamentales están orientados a considerar que aquella libertad: i) Debe ser interpretada para promover el acceso a la cultura; ii) No es un derecho exclusivo y excluyente de las mayorías; iii) Se sustancian bajo el *animus iocandi* del autor; iv) La opinión de los expertos es un aporte referencial; v) Deben ser analizadas en su contexto; vi) Exige mayor tolerancia en el caso de servidores públicos o de relevancia pública; vii) Goza de mayor protección si versa sobre asuntos de interés nacional; viii) Deben optarse por restricciones mínimas para favorecer el arte.
19. El test de proporcionalidad también constituye otra alternativa para resolver las controversias donde se analiza la validez constitucional de las expresiones artísticas, en tanto herramienta metodológica que busca soluciones ponderadas y razonables frente a la colisión de otros derechos fundamentales.
20. La libertad de expresión artística se ejerce en respeto a los derechos y deberes que emanan del oficio o profesión vinculada al mundo de las artes. Del mismo modo, se prohíbe la censura previa, indirecta y autocensura de las expresiones artísticas, solo cabe la responsabilidad posterior por el acto o conducta reputada como lesiva a otros derechos constitucionales.
21. Esta investigación académica ha condensado los aspectos centrales del derecho a la libertad de expresión artística en un anteproyecto legislativo que pretende conseguir 2 finalidades: poner en relieve la importancia del arte para nuestro Estado Constitucional y diseñar los principios, contenidos y límites constitucionales que deben regir su ejercicio.



**«ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
MEDIANTE FORMAS ARTÍSTICAS»**

**TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1.- Alcance de la Ley

La presente Ley tiene por finalidad promover el acceso a la cultura, fomentar las artes y regular el derecho fundamental a la libertad de expresión artística consagrado en el numeral 4 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 2.- Principios

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística se sustenta en los siguientes principios:

- a) **Neutralidad.-** Toda medida legislativa, administrativa o de cualquier índole que regule la libertad de expresión artística no incide en su contenido ni asume un determinado punto de vista respecto a lo que debe aceptarse como arte.
- b) **Pluralismo.-** La adopción de acciones legislativas, administrativas o de cualquier índole permitirá la libre difusión e intercambio de ideas y no anulará aquellas contrarias a las mayorías, salvo que constituyan actos proscritos por la Constitución, los tratados internacionales y la ley.
- c) **Tolerancia.-** Como principio rector del sistema democrático, toda interpretación deberá garantizar la convivencia pacífica y el máximo respeto por las ideas, pensamientos u opiniones de otros.

Artículo 3.- El arte como derecho de defensa y de protección

El Estado, a través de sus distintos organismos competentes, tiene la obligación de no entorpecer la práctica de la libertad de expresión artística, así como el deber de promover e incentivar la actividad cultural en sus múltiples manifestaciones. Asimismo, colabora y presta apoyo financiero a instituciones o proyectos con fines artísticos.

TÍTULO II

ARTE, ARTISTA Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA

Artículo 4.- Libertad de expresión artística

La libertad de expresión artística es un derecho fundamental que otorga al artista la facultad para crear y difundir su arte ante terceros. Las expresiones artísticas pueden ser ejercidas con el ánimo de bromear, burlar, ironizar, ridiculizar y demás intenciones afines.

Artículo 5.- El artista

Se considera artista a toda persona que en el libre ejercicio de su creatividad compone, crea, elabora, representa, interpreta, desarrolla o ejecuta un determinado arte a través del empleo de diversos elementos o formas de comunicación.

Artículo 6.- Noción de arte

El arte comprende toda acción, omisión, bien material o inmaterial, producido por el artista y está orientado a promover la cultura. Tiene carácter indeterminado y responde al avance tecnológico.

La opinión de los críticos o expertos en materia artística constituye un aporte referencial.

Artículo 7.- Contenido

La creación artística no admite mayor intervención que el gusto, preferencia o técnica empleada por el artista. La difusión del arte se ejerce en armonía con los tratados internacionales y los principios y derechos constitucionales.

Artículo 8.- La sátira

La sátira es una forma de expresión artística y un mecanismo de control social que, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, tiene como objetivo provocar y agitar. Cualquier interferencia a este medio de expresión debe ser examinada con especial cuidado.

Artículo 9.- Los intermediarios

La libertad de expresión artística se extiende a aquel que interviene de manera directa para coadyuvar en la difusión del arte.

Artículo 10.- Derecho a la irreverencia

La irreverencia es un derecho consustancial a las expresiones artísticas y faculta al artista a difundir su arte mediante ideas, objetos o conductas no convencionales que buscan cambios sociales.

TÍTULO III DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA Y LA PACIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS

Artículo 11.- El arte como acceso a la vida cultural

En caso de conflictos entre el derecho a la libertad de expresión artística y otros derechos fundamentales deberá privilegiarse aquella interpretación que garantice un mejor acceso a la cultura.

Artículo 12.- La posición de las mayorías y minorías

El ejercicio del derecho no es de propiedad exclusiva de los grupos mayoritarios y los valores predominantes de la sociedad. Las expresiones artísticas se practican en respeto con las opiniones minoritarias.

Artículo 13.- Restricciones mínimas que promuevan el arte

La protección de las expresiones artísticas permite optar por restricciones mínimas que tiendan a promover el arte y, por consiguiente, el libre flujo de ideas u opiniones.

Artículo 14.- La regla del contexto

La restricción a las manifestaciones artísticas debe ser examinada a partir de la apreciación conjunta de las características de la expresión empleada y el contexto en el que se desenvuelve el emisor y receptor.

Artículo 15.- La cuestión pública en las expresiones artísticas

El ejercicio del derecho exige un nivel mayor de tolerancia cuando se refiere a las funciones que realizan los servidores públicos o personajes de relevancia pública. Asimismo, goza de mayor protección si versa sobre asuntos de relevancia pública.

Artículo 16.- Protección a colectivos sociales vulnerables

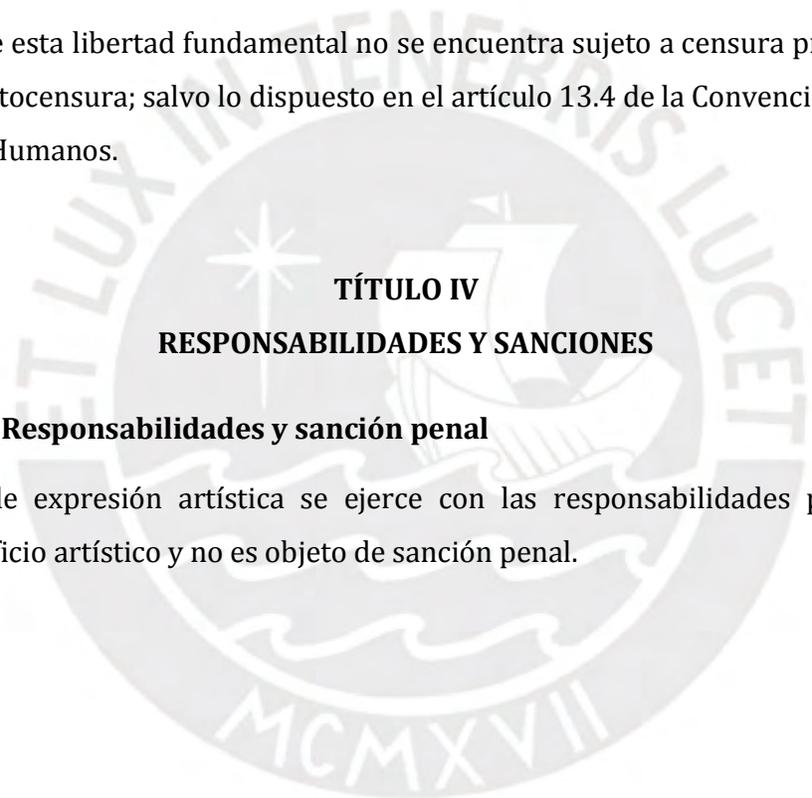
Cuando el ejercicio de la libertad de expresión artística se dirige contra sujetos de especial protección o personas en situación de vulnerabilidad se requiere de una labor interpretativa reforzada que diferencie actos de discriminación o discursos de odio.

Artículo 17.- La razonabilidad y proporcionalidad

La libertad de expresión artística goza de una protección especial y se ejerce en armonía con otros derechos fundamentales, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Artículo 18.- Prohibición de la censura

El ejercicio de esta libertad fundamental no se encuentra sujeto a censura previa, censura indirecta o autocensura; salvo lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



TÍTULO IV RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

Artículo 19.- Responsabilidades y sanción penal

La libertad de expresión artística se ejerce con las responsabilidades propias de la profesión u oficio artístico y no es objeto de sanción penal.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS Y REVISTAS:

ABEL, Ernest y Bárbara BUCKLEY

1977 *The handwriting on the wall: toward a sociology and psychology of graffiti.* Connecticut: Greenwood Press.

ALEINIKOFF, Alexander

2010 *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación.* Lima: Palestra Editores.

ALEXY, Robert

2008 *Teoría de los Derechos Fundamentales.* 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS

2013 *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas.* A/HRC/23/24.

2013 *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso.* A/HRC/22/17.

BARBOSA DELGADO, Francisco

2012 *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.* Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia.

BERNAL PULIDO, Carlos

2003 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2003 «Estructura y límites de la ponderación». *En: Revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho.* España: Universidad de Alicante, N° 26, 2003, p. 227. Consulta: el 15 de diciembre de 2016.

<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf>

BORK, Robert

1971 «Neutral Principles and Some First Amendment Problems». *En: Indiana Law Journal.* Vol. 47, N° 1.

BOTERO, Catalina

2011 «Diversidad, pluralismo y libertad de expresión». *En: Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ONU y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

CALVO GONZÁLEZ, José

2008 «Libertad de expresión artística ¿Equilibrio de derechos o derechos en equilibrio?». *En: DIKAIOSYNE. Revista semestral de filosofía práctica*. Mérida: N° 21, año 11, julio-diciembre.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2007 *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.

CAVERO SAFRA, Enrique

2012 «El right of publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento». *En: Revista IUS ET VERITAS*. Lima: Vol. 22, Núm. 44.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo

2000 «La libertad de expresión en Colombia». *En: Ius Et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, vol. 6, Núm. 1.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

2011 *Observación General N° 34*. Ginebra: 102° período de sesiones, CCPR/C/GC/34.

1993 *Comentario General N° 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18)*. Ginebra: 48° período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

2009 *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional*. CERD/C/PER/CO/14-17.

CORDERO, Allen

1999 «La desinteresada imaginación artística». *En: Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*. Costa Rica: Vol. XXXVII.

DE VERDA Y BEAMONTE, José

2014 «Discurso satírico y Derecho al Honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31), caso Eon c. Francia». *En: Revista boliviana de Derecho*. Santa Cruz de la Sierra: N° 18, julio.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel

2004 «Libertad artística y espectáculos taurino-operísticos». *En: Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid: Edit. Thomson Civitas, N° 121, Enero-Marzo. Consulta: 27 de junio de 2016.
<<http://www.uv.es/gadopas/2004.Libertad.artistica.toros.pdf>>

DWORKIN, Ronald

2006 *El derecho a la burla*. España: Publicado en el diario «El País», el 25 de marzo.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2012 «Las libertades de pensamiento y expresión, de asociación y reunión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana». *En: Revista Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, Vol. 16, Núm. 16.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor

2004 *Los límites de la libertad de expresión*. México: Universidad Nacional Autónoma de México

FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol

2015 «El derecho a crear y el derecho a la cultura». *En: La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país*. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

FISS, Owen

1999 *The Irony of Free Speech (La ironía de la libertad de expresión)*. Barcelona: Gedisa editorial.

1996 «El efecto silenciador de la libertad de expresión». *En: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México: N° 4, abril.

FREY, Bruno

2000 «La economía del arte». *En: Colección de Estudios Económicos*. Barcelona: La Caixa. Servicio de Estudios, Núm. 18.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C.

2009 *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Traducción de Marcela Anzola y Emilio Maus. Méxio: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

GAMA-CASTRO, M. y Freddy LEÓN-REYES

2016 «Bogotá arte urbano o graffiti. Entre la ilegalidad y la forma artística de expresión». *En: Revista Arte, Individuo y Sociedad*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, vol. 28, N° 2.

GANTER SOLÍS, Rodrigo

2005 «Cuerpos suspendidos: cartografías e imaginarios de la piel en jóvenes urbanos». *En: Revista Latinoamericana POLIS*. Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas (CISPO), Núm. 11. Consulta: el 02 de mayo de 2017. <<https://polis.revues.org/5729#quotation>>

GARCÍA-ALANDETE, Joaquín

2011 «¿Es arte la exposición de cadáveres plastinados? Reflexiones sobre la obra de Gunther Von Hagens». *En: Revista En Claves del Pensamiento*. Ciudad de México: Año V, Núm. 10, Julio - Diciembre. Consulta: 07 de abril de 2017. <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2011000200003>

GARCÍA ROCA, Javier

2007 «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración». *En: Revista Teoría y Realidad Constitucional*. UNED, Núm. 20.

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)». *En: Anuario de Derecho Civil*. España: Tomo LXVII, N° 2.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Alejandra GONZA

2007 *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, D.F.: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro

2010 «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano». *En: El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

- HÄBERLE, Peter
2004 *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra Editores.
- 2003 *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP y Universidad Nacional Autónoma de México.
- 2001 *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2000 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Editorial Tecnos.
- 1997 *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- HÄBERLE, Peter y Héctor LÓPEZ BOFILL
2015 *Poesía y Derecho Constitucional. Una conversación*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- HEGEL, G. W. F.
2006 *Filosofía del arte o estética*. Traducido por Domingo Hernández Sánchez. Madrid: ABADA editores.
- HERRERA FLORES, Joaquín
2005 *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Edit. Catarata.
- HESSE, Konrad
1983 *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- HUERTA GUERRERO, Luis
2012 *Libertad de expresión: Fundamentos y límites a su ejercicio*. Lima: Palestra Editores.
- HUSTER, Stefan y otros
2009 *Estado y Cultura*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- LANDA ARROYO, César
2007 *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.

LOVERA PARMO, Domingo

- 2010 «El mito de la libertad de expresión en la creación artística». *En: Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. XXIII, Núm. 1, julio. Consulta: 17 de mayo de 2016.
<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173716608007>>

LUCAS VERDÚ, Pablo

- 2000 Teoría general de las relaciones constitucionales. Madrid: Dykinson, 2000.

MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio

- 2006 *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados, Serie IV: Monografías Núm. 66.

MARCIANI BURGOS, Betzabé

- 2016 *Tolerancia y Derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado Constitucional*. Barcelona: Edit. Atelier.

- 2005 «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos». *En: Revista Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, Vol. 11, Núm. 11.

- 2004 *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra Editores.

MARTINEZ DALMAU, Rubén

- 2014 «Arte, derecho y derecho al arte». *En: Revista Derecho del Estado. Nueva Serie*. Bogotá: N° 32, Universidad Externado de Colombia, enero-junio.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier

- 2015 «La tragedia de *Charlie Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico». *En: Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

MEIX CERECEDA, Pablo

- 2014 *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail

- 2007 *Conflictos entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Lima: Palestra Editores,

MINISTERIO DE CULTURA

- 2012 *Lineamientos de Política Cultural 2013-2016*. Lima: Ministerio de cultura. C
Consulta: 10 de febrero de 2017.
<<http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/pagbasica/tablaarchivos/11/lineamientomc.pdf>>

MORALES QUESADA, Juan

- 2011 *La indeterminación del concepto de arte en la sociedad*. Memoria para optar el grado de Doctor. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Bellas Artes. Consulta: 20 de junio de 2016.
<<http://eprints.ucm.es/12344/1/T32798.pdf>>

MUNKITTRICK, David

- 2010 «Music as Speech: A First Amendment Category unto itself». *En: Federal Communications Law Journal*. Vol. 62.

O'BRIEN, David

- 1983 *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional*. México: Edit. Publigráficos S.A.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

- 2005 *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York y Ginebra: Vol. 8, períodos de sesiones 75° a 84°.

PLANAS SILVA, Pedro

- 1997 *Regímenes políticos contemporáneos*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

POST, Robert

- 2011 «Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment». *En: El Estado frente a la Libertad de Expresión*. Buenos Aires: Yale Law School – Universidad de Palermo.

- 2005 «Religión y Libertad de Expresión: retratos de Mahoma». *En: Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires: Vol. 6, Único Número, Noviembre. Consulta: el 20 de junio de 2016.
<http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2939&id_item_menu=5858>

PRIETO SANCHÍS, Luis

2007 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.

RESTREPO, Ricardo

2013 «El arte: un derecho para la sociedad del Buen Vivir». *En: Derecho al arte en Ecuador*. Quito: Edit. IAEN.

ROCA, María

2014 «Régimen jurídico del derecho a la libertad de expresión en Alemania». *En: La Libertad de Expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*. Madrid: Edit. Fundación Wolters Kluwer.

RUBIO CORREA, Marcial

2009 *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición aumentada. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SAGÜES, Néstor

2004 *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago

1992 *La Libertad de Expresión*. Madrid: Edit. Pons.

SANCHEZ-MOLINA, Pablo

2015 «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)». *En: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid: UC3M, N° 9, octubre 2015–marzo 2016. Consulta: 20 de setiembre de 2016.
<<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3073/1771>>

SAPAG, Mariano

2008 «El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al Poder del Estado: Un estudio comparado». *En: DIKAION. Revista de Actualidad Jurídica*. Colombia: Año 22, Núm. 17.

SERRANO MAÍLLO, Isabel

2011 «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles». *En: Revista Teoría y Realidad Constitucional*. UNED, Núm. 28.

SMEND, Rudolf

1985 *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SOL MUNTAÑOLA, Mario

2005 *El régimen jurídico de la parodia*. Madrid: Edit. Marcial Pons.

STERN, Klaus

2004 «Los valores culturales en el Derecho Constitucional Alemán». *En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. España: Núm. 8. Consulta: 10 de enero de 2017.

<<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50731/30955>>

STONE SWEET, Alec

2008 «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism». *En: Columbia Journal of Transnational Law*. Yale: Yale Law School Legal Scholarship Repository. Consulta: 10 de diciembre de 2016.

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2296&context=fss_papers>

THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION

1970 «The First Amendment Overbreadth Doctrine». *En: Harvard Law Review*. United States: Vol. 83, N° 4.

TRIBE, Laurence H.

1988 *American Constitutional Law*. Mineola-New York: The Foundation Press Inc.

TRIBE, Laurence H. y Michael C. DORF

2010 *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra Editores.

UNESCO

1980 *Recomendación relativa a la condición del artista*. Belgrado.

VALERO HEREDIA, Ana

2014 «Libertad de expresión y sátira política: Un estudio Jurisprudencial». *En: Revista Internacional de Historia de la Comunicación*. Sevilla: N° 2, Vol. 1.

VALICENTI, Ezequiel Andrés

2015 «La libertad de expresión artística como derecho fundamental». *En: Revista Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires (UBA), N° 94.

VARGAS LLOSA, Mario

2006 *El derecho a la irreverencia*. España: Publicado en el diario «El País», el 12 de febrero.

VÁSQUEZ ALONSO, Víctor

2014 «La libertad de expresión artística: Una primera aproximación». *En: Revista de Estudios de Deusto*. Bilbao: Vol. 62, Núm. 2, julio - diciembre.

VIAL SOLAR, Tomás

2004 «La libertad de creación artística: Un nuevo derecho constitucional». *En: Informe de Investigación*. Santiago, año 6, Núm. 19. Consulta: el 19 de mayo de 2016.

<http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Informes_derecho/Informes_de_investigacion/19La libertad de creacion artistica_Tomas Vial_tapa.pdf>

VILLARÁN, Manuel Vicente

1923 *Cuestiones generales sobre el Estado y el Gobierno*. Lima: s.n.

WINKLER, Adam

2006 «Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts». *En: Vanderbilt Law Review*. Los Ángeles: University of California, Los Ángeles, Vol. 59.

WOLKMER, Carlos Antonio

2006 *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla: Editorial MAD S.L.

ZEA MARQUINA, Elizabeth y otros

2015 «Sátira religiosa y libertad de expresión. Pautas para el análisis de un conflicto recurrente en las sociedades modernas». *En: Serie Libertades Comunicativas*. Lima: Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo USMP, Año 2, Núm. 2.

2. SENTENCIAS

2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, del 02 de febrero de 2016
- *Dieudonné M'BALA M'BALA v. Francia*, del 20 de octubre de 2015

- *Eon v. Francia*, del 14 de marzo de 2013
- *Ortegi Mondragón v. España*, del 15 de marzo de 2011
- *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, del 25 de enero de 2007
- *I.A. v. Turkey*, del 13 de setiembre de 2005
- *Pretty v. The United Kingdom*, del 29 de abril de 2002
- *Karatas v. Turquía*, del 08 de Julio de 1999
- *Parti communiste unifié v. Turkey*, del 30 de enero de 1998
- *Grigoriades v. Greece*, del 25 de noviembre de 1997
- *Wingrove v. The United Kingdom*, del 25 de noviembre de 1996
- *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, del 20 de setiembre de 1994
- *Müller y otros v. Suiza*, del 24 de mayo de 1988
- *Olsson v. Sweden*, del 24 de marzo de 1988
- *Young, James and Webster v. The UK*, del 13 de agosto de 1981
- *The Sunday Times v. The United Kingdom*, del 26 de abril de 1979
- *Handyside v. The United Kingdom*, del 07 de diciembre de 1976

2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- *Lagos del Campo vs. Perú*, del 31 de agosto de 2017
- *Fontevecchia y D'amico vs. Argentina*, del 29 de noviembre de 2011
- *kimel vs. Argentina*, del 02 de mayo de 2008
- *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, del 12 de septiembre de 2005
- *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 02 de julio de 2004
- *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 06 de febrero de 2001
- *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 05 de febrero de 2001

2.3. Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- OC – 06/86: La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 09 de mayo de 1986

2.4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Organización de los Estados Americanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional, OEA/Ser.L/V/II, 2010.
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008. Volumen II. Washington: OEA/Ser.L/V/00.134, 25 de febrero de 2009.

2.5. Corte Suprema de los Estados Unidos:

- *Masterpiece Cakeshop, Ltd. Et Al, Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, Et Al.* 584 U.S. (2018)
- *Elonis v. United States*, 575 U.S. (2015)
- *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991)
- *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989)
- *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989)
- *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988)
- *Youngberg v. Romero*, 457 U.S. 307 (1982)
- *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981)
- *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981)
- *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974)
- *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973)
- *Kaplan v. California* 413 U.S. 115 (1973).
- *Kois v. Wisconsin* 408, U.S. 229 (1972)
- *Branderburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)
- *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U.S. 676 (1968)
- *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968)
- *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966)
- *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)
- *Case Kingsley International Pictures Corp. v. Regents*, 360, U.S. 684 (1959)
- *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)
- *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* 343 U.S. 495 (1952)
- *SAIA v. People of State of New York*, 334 U.S. 558 (1948)

- *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943)
- *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)
- *Jones v. City of Opelika* 316, U.S. 584 (1942)
- *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938)
- *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)
- *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 669 (1925)
- *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915)

2.6. Tribunales de Apelación en Estados Unidos:

- *Kirby v. Sega of America Inc.*, 144 Cal. App., 4th, 47 (2006)
- *Miller v. Civil City of South Bend*, 904, F2d, 1081 (1990)

2.7. Corte Constitucional de Alemania:

- BVerfGE 1585, 13, del 31 de mayo de 2016
- BVerfGE 581, 00, del 03 de noviembre de 2000
- BVerfGE, 1 BvR 240/04, del 14 de febrero de 2005
- BVerfGE 83, 130, del 27 de noviembre de 1990
- BVerfGE 75, 369, del 03 de junio de 1987
- BVerfGE 67, 213, del 17 de julio de 1984
- BVerfGE 30, 173, del 24 de febrero de 1971

2.8. Tribunal Constitucional Español:

- STC 23/2010, del 27 de abril de 2010
- STC 153/1985, del 7 de noviembre de 1985

2.9. Corte Constitucional de Colombia:

- Sentencia SU 626/15, del 01 de octubre de 2015
- Sentencia T-015/15, del 19 de enero de 2015
- Sentencia T-139/14, del 13 de marzo de 2014
- Sentencia T-296/13, del 22 de mayo de 2013
- Sentencia C-830/10, del 20 de octubre de 2010

- Sentencia C-666/10, del 30 de agosto de 2010
- Sentencia C-575/09, del 26 de agosto de 2009
- Sentencia C-417/09, del 26 de junio de 2009
- Sentencia T-391/07, del 22 de mayo de 2007
- Sentencia T-213/04, del 08 de marzo de 2004
- Sentencia T-030/04, del 22 de enero de 2004
- Sentencia T-235A/02, del 04 de abril de 2002
- Sentencia C-268/00, del 07 de marzo de 2000
- Sentencia C-010/00, del 19 de enero de 2000
- Sentencia T-104/96, del 08 de marzo de 1996

2.10. Tribunal Constitucional del Perú:

- Expediente N° 08506-2013-PA/TC, del 10 de noviembre de 2015
- Expediente N° 00139-2013-PA/TC, del 18 de marzo de 2014
- Expediente N° 02976-2012-PA/TC, del 05 de setiembre de 2013
- Expediente N° 00017-2010-PI/TC, del 19 de abril de 2011
- Expediente N° 05680-2009-PA/TC, del 28 de octubre de 2010
- Expediente N° 5829-2009-PA/TC, del 23 de setiembre de 2010
- Expediente N° 0006-2008-PI/TC, del 11 de junio de 2008
- Expediente N° 579-2008-PA/TC, del 05 de junio de 2008
- Expediente N° 03362-2004-AA/TC, del 29 de agosto de 2006
- Expediente N° 4232-2004-AA/TC, del 03 de marzo de 2005
- Expediente N° 045-2004-PI/TC, del 29 de octubre de 2005
- Expediente N° 00010-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003

2.11. Corte Suprema de Justicia Nacional de México:

- CSJN, Primera Sala, amparo en revisión 2676/2003, del 05 de octubre de 2005

2.12. Corte Suprema de Justicia del Perú

- Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006

2.13. Corte de Apelaciones de Chile:

- Corte de Apelaciones de Santiago, Causa N° 5681-2002, del 16 de abril de 2003

