

LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿UN DERECHO AUTÓNOMO CON UN RÉGIMEN JURÍDICO PROPIO?

LAURA DÍEZ BUESO

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Constitucional

Universidad de Barcelona

TRC, n.º 53, 2024, pp. 349-369

ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Una libertad de nuevo cuño y una jurisprudencia constitucional vacilante. II. La libertad de creación artística como un fragmento de la libertad de expresión: inconvenientes jurídicos de una jurisprudencia superada. III. Un ámbito objetivo autónomo para la libertad de creación artística. IV. Un régimen jurídico propio para la libertad de creación artística.

I. UNA LIBERTAD DE NUEVO CUÑO Y UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VACILANTE

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en materia de libertad de creación artística (en adelante, LCA) requiere tener presente en todo momento que se trata de una libertad cuyo reconocimiento y régimen jurídico-constitucional se está forjando en las últimas décadas. En otras palabras, cuando se estudian los asuntos resueltos por el Tribunal relativos a la LCA debe tenerse en cuenta que se enfrenta a una libertad con unos contornos todavía difusos por ser de reconocimiento reciente en la historia del constitucionalismo.

Ello se constata fácilmente si repasa la normativa internacional de aplicación en nuestro país, pues los textos más antiguos no cuentan con una referencia directa a la misma. Ni el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos de 1966¹ ni el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950² hacen mención explícita a la LCA, sino que aluden exclusivamente a las libertades de expresión y de información³. Hubo que esperar hasta el presente siglo para que modernas normativas como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 reconocieran la LCA de forma autónoma. En este texto, la libertad de expresión y de información se encuentran reconocidas en el art. 11, en tanto el art. 13 de la Carta recoge la libertad de las artes y de las ciencias, que incluye también la libertad de cátedra.

Como en otros aspectos, nuestra Constitución fue pionera al reconocer en su artículo 20.1 de forma separada diversos derechos que hasta entonces habían encontrado cierto acomodo en el marco de la libertad de expresión. En este precepto se recogen de manera desglosada los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra; y a comunicar o recibir libremente información veraz.

Así pues, contamos en la actualidad con un reconocimiento constitucional expreso de la LCA, pese a que ni nuestra Constitución ni ninguno de los preceptos internacionales mencionados contienen una definición, siquiera aproximada, de lo que debe entenderse como tal. Y esta circunstancia no es baladí, pues ha resultado fundamental en la aproximación que ha realizado la jurisprudencia del TC a la LCA. Y ello en una doble vertiente.

En primer lugar, la ausencia de una concepción mínimamente definida de la LCA en los textos normativos ha provocado cierta indeterminación en la doctrina constitucional en el momento de decidir si se trata de una libertad autónoma respecto de la libertad de expresión. Así, especialmente en sus inicios, parece que se opta por considerar a la LCA diluida en la libertad de expresión, en tanto que posteriormente se inclina por su consideración autónoma.

Consecuentemente, y en segundo lugar, la carencia de una mínima definición normativa de la LCA ha provocado que el TC tampoco delimite un régimen jurídico-constitucional propio distinto al del resto de libertades contenidas en el

1 Artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966: "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".

2 Artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente: "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".

3 Tampoco la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1791, referente clásico en la materia: "El Congreso no promulgará ley alguna (...) que restrinja la libertad de expresión o de prensa".

art. 20.1 CE, concretamente respecto del aplicable a la libertad de expresión y al derecho a la información.

A ambas circunstancias se une una escasa jurisprudencia constitucional relativa a la LCA. Así lo ha señalado el propio TC en una Sentencia de referencia en la materia, y en el contexto precisamente de la delimitación de esta libertad respecto de la libertad de expresión y el derecho a la información. En la STC 51/2008, de 14 de abril, que enjuiciaba la posible vulneración al derecho al honor de un burgués barcelonés hijo de María Moliner en una novela de Manuel Vicent, se alude a las escasas ocasiones en que el TC se ha pronunciado sobre la LCA: “(s)i bien la demandante y algunas de las resoluciones previas han aludido en algún momento a las libertades de información y de expresión, el hecho de tratarse de un fragmento de una novela que cuenta con diversas ediciones permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico, reconocido en la letra b) del art. 20.1 CE junto a la producción y creación artística, científica y técnica. Al igual que sucede con estas libertades, hasta el momento no han sido muchos los pronunciamientos de este Tribunal que se han referido específicamente al derecho a la producción y creación literaria” (FJ 5).

No solo los pronunciamientos han sido escasos, sino también un tanto erráticos. Esta circunstancia ha sido incluso admitida por el mismo TC en la citada STC 51/2008, que continúa sosteniendo lo siguiente: “En la mayoría de los mismos nos hemos limitado a señalar la estrecha relación que existe entre tal derecho y la libertad de expresión. Así hemos considerado que la producción y creación literaria constituye una ‘concreción del derecho a expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones’ (SSTC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5; y 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5), una ‘faceta’ de la libertad de expresión (ATC 152/1993, 24 de mayo, FJ 2), o un ‘ámbito’ en que se manifiesta la libertad de pensamiento y expresión (ATC 130/1985, de 27 de febrero, FJ 2), manifestaciones todas ellas que llevan implícita la idea de que la libertad protegida por el art. 20.1 a) CE no es sólo la política, sino también la artística. Pero más allá de este hecho y de forma similar a como se ha reconocido respecto de la libertad de producción y creación científica (STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5), la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorga un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión” (FJ 5).

Para autoras como Ruiz Palacios (2021: 138), los pronunciamientos del Tribunal sobre la LCA han sido poco clarificadores “cuando no, en ciertos casos, puramente contradictorios. En los treinta años de jurisprudencia constitucional en la materia, el Tribunal ha sostenido todas las tesis posibles: que se trata de una mera concreción de la genérica libertad de expresión; que constituye un derecho autónomo con un ámbito propio de protección; que se trata de una concreción de la libertad de expresión general, pero con un ámbito de protección específico... Todas las combinaciones posibles que no hacen sino enredar, aún más, una cuestión ya de por sí intrincada”.

Por su parte, Urías (2020: 346) detecta una evolución en la jurisprudencia constitucional, transitando de una concepción de la LCA ligada a la libertad de

expresión a otra donde se le reserva un espacio autónomo. Este tránsito ha tenido “algún que otro sobresalto en la STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 16, que parece volverse al criterio de los primeros años ochenta cuando se dice que la libertad de creación ‘es una concreción del derecho fundamental a la libertad de expresión, si bien con un ámbito de protección propio’, (pero) parece claro que la jurisprudencia constitucional actual ‘le otorga la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección’ (STC 34/2010, de 19 de julio)”⁴.

En efecto, puede entenderse que se ha producido una evolución en la jurisprudencia constitucional respecto de la conceptualización de la LCA, que ha pasado de considerarla parte de la libertad de expresión a concebirla como una libertad autónoma. Aunque también es cierto que esta evolución no ha sido ni lineal ni clara, en un doble y relevante sentido.

Por un lado, puede concederse que la doctrina constitucional ha experimentado una evolución, pues comenzó relegando a la LCA a ocupar un simple espacio en el acervo de la libertad de expresión para posteriormente reconocerle un ámbito que, sin excluirlo, va más allá de ésta (STC 51/2008, FJ 5). No obstante, este tránsito no ha sido ni razonado ni armado con una mínima carga argumental y, si a ello se añade que se ha vetado de algún muy reciente retroceso (STC 80/2020, FJ 16), a día de hoy no queda todavía meridianamente clara la postura del TC.

Por otro lado, la reserva de un ámbito que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión debería abocar necesariamente al TC a diseñar un mínimo régimen jurídico-constitucional diferenciado respecto de la libertad de expresión. No obstante, éste no se ha apuntado por parte del Tribunal, más allá sostener que el ámbito objetivo de la LCA abarca como mínimo el de la libertad de expresión.

Los apartados que siguen analizarán con detalle la descrita evolución de la jurisprudencia del TC en relación con la LCA, valorando las distintas opciones de la doctrina constitucional.

II. LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA COMO UN FRAGMENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: INCONVENIENTES JURÍDICOS DE UNA JURISPRUDENCIA SUPERADA

La Sentencia de referencia (y casi única) en los primeros pronunciamientos del TC sobre la LCA fue la STC 153/1985, de 7 de noviembre, con motivo de un

⁴ Ciertamente, la STC 81/2020, la más reciente que se ha referido a la LCA y donde se enjuiciaba una ley autonómica que restringía el uso de animales para la filmación de escenas, evoca la expresión recogida en la STC 153/1985 que sostuvo que la LCA no era sino una concreción de la genérica LE. Sin embargo y como sostiene Urías (2020), no parece que pueda presagiarse ningún retroceso respecto de la configuración autónoma de la LCA, pues se trata de un sucinto pasaje de carácter genérico sobre los límites de los derechos, destinado a descartar que la regulación autonómica denunciada pudiera considerarse un supuesto de censura previa.

conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña, que evaluaba un Decreto autonómico que regulaba la calificación de los espectáculos teatrales y artísticos.

Dejando a un lado el debate competencial, irrelevante en lo que aquí atañe⁵, el Tribunal sostuvo en el FJ 5 de la Sentencia lo siguiente: “En cuanto a la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la 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 sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada. De otra parte, el derecho a la libertad de expresión supone tanto el derecho a comunicar como el derecho a recibir informaciones o ideas de toda índole por cualquier procedimiento. (...).

Los mencionados derechos se hallan sujetos a las limitaciones establecidas en el art. 20.4 de la Constitución, entre las que se encuentra la protección de la juventud y de la infancia” (FJ 5).

Como se aprecia, el TC realiza un tratamiento conjunto de todas las libertades reconocidas en el art. 20.1 CE y una declaración explícita sobre la producción y creación literaria, artística, científica y técnica señalando que “no es sino una concreción del derecho (...) a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones”. Esta opción plantea una serie de inconvenientes constitucionales de índole diversa.

En primer lugar, encajar la LCA en el seno de la libertad de expresión plantea un inconveniente ligado al propio tratamiento que el TC dispensa a la libertad de expresar pensamientos, ideas y opiniones recogida en el art. 20.1.a).

Es por todos conocida la insistencia del Tribunal en vincular los derechos recogidos en el art. 20.1 CE a la formación de una opinión pública libre, noción que conecta a su vez y estrechamente con la existencia de un sistema democrático (por todas, STC 177/2015, de 22 de julio)⁶. Esta vinculación ha conducido al TC

5 El Estado defendía su competencia para aprobar la normativa básica aplicable a “todos los medios de comunicación social” (art. 149. 1. 17 CE), dentro de los cuales debían incluirse el libro, el cine, el teatro y los espectáculos artísticos, y comprender también su calificación; por su parte, Cataluña invocaba su competencia en materia de cultura y espectáculos. El TC asignó la competencia al Estado en el caso de la calificación por edad, por constituir una limitación a un derecho fundamental recogido en el art. 20.1 CE, y a la Comunidad Autónoma en lo relativo a la calificación «S», por no tratarse de una limitación del derecho propiamente dicha y encajar en su competencia en materia de espectáculos.

6 Es igualmente sabido que el TC no sólo deriva este nexo del texto constitucional, sino también de la dicción del art. 10.1 del Convenio Europeo (STC 46/1998, de 2 de marzo, FJ 3), tal y como hace el Tribunal

a proteger particularmente estos derechos, llevándole a sostener desde finales de los años 90 que sólo los mensajes relevantes para la formación de una opinión pública libre disfrutaban de protección constitucional⁷. Esta teoría funcional se expresó ya con claridad en Sentencias como la 190/1996, de 10 de noviembre, donde se sostiene que “forma parte del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública” (FJ 3)⁸. La relevancia de lo transmitido pasa a ser un elemento definidor del ámbito garantizado por el art. 20.1 CE, produciéndose una reducción del objeto protegido por el art. 20.1 CE, pues deja sin garantía constitucional la transmisión de mensajes no relevantes.

Si bien es cierto que estos pronunciamientos se han referido generalmente al derecho a la información, la proyección de esta construcción jurisprudencial sobre la LCA es la siguiente: la creación artística deberá ser relevante para la construcción de una opinión pública libre para hallarse protegida constitucionalmente. También es cierto que el concepto de materia relevante es muy laxo a juzgar por los asuntos que el TC ha considerado de interés público, pero no deja de ser una constricción al ámbito objetivo de la LCA⁹. Antonino (2023: 405-407) ha puesto

de Estrasburgo que conecta sistemáticamente la libertad recogida en este precepto y sus posibles restricciones con la necesidad de preservar el sistema democrático (caso Müller y otros, 1988, 33).

7 Esta doctrina se desmarca de la inicial jurisprudencia constitucional, que defendía que la relevancia del mensaje debía analizarse en el momento de la ponderación, tras constatar la colisión entre los derechos del art. 20.1 CE y honor y/o intimidad. Así, en una primera jurisprudencia la conexión con la formación de una opinión pública libre se traducía en otorgar un mayor peso a la libertad recogida en el art. 20.1 CE cuando se ponderaba respecto de otros derechos: “el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que estas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2).

8 Otra Sentencia donde se expresa de forma elocuente esta doctrina es la 154/1999, de 14 de septiembre, que insiste en que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública: “han de concurrir, pues, los dos mencionados requisitos, a saber: que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso o noticiable, por su interés público, y que la información sobre tales hechos sea veraz. En ausencia de alguno de ellos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE” (FJ 2).

9 Un amplio estudio sobre la sucesiva ampliación de las materias consideradas como relevantes y sobre los inconvenientes de constreñir así el ámbito objetivo del derecho se realiza en Díez Bueso (2002). La progresiva ampliación del concepto de materia relevante expuesta en este estudio se ha sostenido en el tiempo y buena muestra de ello es la reciente STC 7/2023, de 23 de febrero, donde se impugnaba un precepto que determina que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica disponen de libre acceso

recientemente de relieve esta circunstancia, insistiendo en que se está confundiendo la delimitación objetiva del derecho con un elemento a valorar en el momento de la ponderación en caso de conflicto con otros derechos, lo cual “no beneficia al derecho a la libertad de expresión, pero es aún más perjudicial para la libertad de creación artística”.

Éste no es el único problema que plantea encajar la LCA en el seno de la libertad de expresión. El segundo y principal escollo ha sido puesto de manifiesto desde hace tiempo por la doctrina, probablemente por ser el más evidente: no toda creación artística tiene contenido discursivo, es decir, no toda creación expresa un pensamiento, una idea o una opinión¹⁰.

Es cierto que existen obras indudablemente discursivas y el ejemplo más elocuente se halla en la sátira¹¹, la sátira ha tenido un papel históricamente revolucionario en la consecución de nuevos derechos y libertades precisamente por su carácter discursivo, muy concretamente de discurso crítico con el poder establecido¹².

Sin embargo, no siempre es sencillo hallar el pensamiento, idea u opinión expresada en una creación artística, que a menudo queda desdibujado o incluso intencionadamente oculto. Como apunta Hamilton (1996: 108-109), al fundamentar la protección de la creación artística en su contenido discursivo se fuerza a los operadores jurídicos a buscar este contenido en cada obra, colocándoles en una difícil situación. Es más, su posición resulta inviable cuando se trata de obras con una esencia comunicativa no discursiva y no racional.

a los estadios y recintos para la retransmisión en directo de los acontecimientos deportivos, a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho. En esta Sentencia se sostiene “que, hoy día, los espectáculos deportivos tienen una importante relevancia y proyección general sobre la población, proyección que, al igual que dijimos en la STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4, no puede hacerse efectiva nada más que «con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo». Y este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que, por su entidad, alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social. Por consiguiente, teniendo en cuenta el indudable interés público que presentan los acontecimientos deportivos, el precepto que se cuestiona encontraría una justificación en la salvaguarda de los derechos consagrados en el art. 20.1.d) CE a informar y a recibir información libremente” (FJ 5).

10 Y ello aunque, desde una perspectiva general y como señala Vázquez (2015: 85), toda “expresión artística penetra y afecta a la comunidad política. Puede fortalecer o cohesionar una determinada comunidad, del mismo modo que puede generar subculturas que pongan en cuestión o exterioricen las debilidades de la cultura política hegemónica”.

11 Un completo estudio no jurídico sobre el concepto de sátira puede encontrarse en Pedrazzini (2010). Según se sostiene en el mismo, la sátira toma elementos de los discursos ofensivos y de los discursos cómicos y se caracteriza por un espíritu crítico y de denuncia, orientado hacia la descalificación de una persona o colectivo. El autor satírico desarrolla una estrategia retórica de persuasión puesto que para lograr su objetivo deforma, caricaturizando, la representación que hace del objeto real, a través de la utilización de lo cómico. La risa se transforma en un recurso que sirve para emocionar y seducir al público, al mismo tiempo que permite al autor satírico aliviar los posibles efectos de la burla, amparándose en el carácter de “no serio” del que goza lo cómico (Pedrazzini, 2010: 86).

12 Esta vertiente de la sátira se analiza en profundidad en Keane (2008: 857).

Precisamente, en este último tipo de obras se muestra con total claridad el inconveniente fundamental de subsumir la LCA en la libertad de expresión: se deja extramuros y, por tanto, sin protección constitucional a un gran número de creaciones artísticas. En otros términos, deja fuera de cobertura constitucional a aquellas creaciones que no pueden reconducirse de ningún modo a pensamientos, ideas u opiniones.

En consecuencia, al atribuir un ámbito objetivo común a la LCA y a la libertad de expresión, la STC 153/1985 desconoce que el arte puede ser discursivo o puede que no, dejando en este segundo caso sin protección constitucional un ámbito que parece claro que la Constitución pretende garantizar, a juzgar por la distinción que realiza entre los distintos derechos recogidos en el art. 20.1 CE¹³. Y ello conduce al análisis del ámbito objetivo que debería proteger la LCA recogida en el art. 20.1.b) CE.

III. UN ÁMBITO OBJETIVO AUTÓNOMO PARA LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

Como señala Tushnet (2012: 170), los juristas intentan eludir discusiones controvertidas sobre el concepto de arte, por lo que la disciplina jurídica se mueve en una zona oscura donde no siempre resulta fácil identificar si nos hallamos ante el ejercicio de la LCA. Sin embargo, como sostiene Ruiz Palacios (2021: 116), “es necesario que exista al menos una cierta noción jurídica, por amplia que esta sea, de su objeto; en otras palabras, de lo que haya de entenderse por creación artística”.

Existen diversos tipos de razones para dotar a la LCA de un ámbito objetivo propio. Un primer bloque conecta directamente con los motivos que sostienen la protección de la libertad de expresión como comunicación de pensamientos, ideas y opiniones¹⁴. Como Eberle (2007: 23) afirma, la creación artística puede justificarse como cualquier otro discurso no artístico en el avance del conocimiento y la búsqueda de la verdad; en el proceso de autorrealización; en el control de la autoridad pública; y en constituirse como válvula de escape. Estos motivos demuestran que la creación artística puede ser también discurso, como cualquier otro, dado que puede justificarse a través de la metodología tradicional.

Continuando con este bloque de razones que coinciden con las que sostienen la libertad de expresión, para Hamilton (1996: 122) ésta trata de crear para la sociedad un espacio donde las personas puedan construir estructuras de poder que permitan competir con el gobierno por la hegemonía: el arte, la religión, la

13 También Ruiz Palacios (2021: 117) considera que “la existencia misma del término en el texto constitucional invita por sí sola a una inexcusable operación hermenéutica”.

14 Una buena aproximación al concepto de arte y su interrelación con la LE puede encontrarse en Nahmod (1987).

filosofía y el debate político tienen cada uno un rol en esta lucha entre el gobernado y el gobernante.

Pese a que todas las categorías del discurso tienen en común este tipo de justificaciones, también es cierto que cada una de ellas se refiere a dimensiones distintas del pensamiento humano. Como explica Eberle (2007: 23-25), el discurso político se centra en el deseo de influir en las políticas públicas y en el carácter de la sociedad donde vivimos. El discurso religioso habla del anhelo transcendental de acceder a un mundo más allá de la existencia terrenal. El discurso académico se concentra en la búsqueda de la verdad, intentando entender, concebir o reformular los hechos o las normas que constituyen los paradigmas del mundo donde nos desarrollamos.

En el caso del discurso artístico, Eberle (2007: 6) identifica al menos tres razones básicas que muestran que el arte dispone de unas dimensiones específicas. La primera, participar en el proceso central y único de la existencia humana. La segunda, proveer de un camino a dimensiones de la vida menos accesibles a través de los procesos racionales ordinarios o cognitivos, ofreciendo una concepción más completa del ser humano. La tercera, funcionar como una esfera privada de libertad no sujeta a los cánones habituales de la sociedad, de manera que puede contemplar y reflexionar sobre elementos de la condición humana libre de las presiones de las fuerzas convencionales.

En esta línea y finalmente, para Hamilton (1996: 121) la LCA merece un ámbito concreto de protección constitucional por su singular capacidad para ofrecer la experiencia de un nuevo mundo y, por tanto, nuevas perspectivas del *status quo*. Su experiencia refuerza el entendimiento, la resistencia y la capacidad para el disenso, por lo que juega un importante papel instrumental en el ámbito de la libertad.

Ya en el entorno de la doctrina nacional, más próxima al marco establecido en nuestra Constitución, Urías (2020: 343-344) pone el acento en que el art. 20.1.b) CE no protege solo la obra, sino también el proceso creativo que conduce a ella y la posibilidad de difundirla, por ello “esta libertad protege tanto el momento de gestación de la obra —reforzado por la prohibición absoluta de censura previa— como la difusión del resultado del proceso creativo”. Es más, para este autor “(n)uestro texto se caracteriza por poner el acento en la acción innovadora en sí misma, con independencia de su naturaleza artística o científica. Además, incluye explícitamente las facultades de producción y creación, configurando un nuevo tipo de discurso público específicamente protegido que se suma a las libertades de expresión e información”. En esta dirección, la STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5, sostuvo que “el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares”.

Desde una óptica diversa, Ruiz Palacios (2021: 126) sostiene que “aunque del texto constitucional no se pueda inducir una noción clara de la creación

artística, sí se encuentran algunas pistas interesantes”. En este sentido, pone el énfasis en “(q)ue forma parte (...) de la noción más amplia de cultura. Y que, en la estela del espíritu constituyente, dicha expresión debería ser, en principio, interpretada en un sentido amplio. A esto habría que añadir, tras una lectura sistemática del texto constitucional, que, aunque tampoco exista una definición constitucional unívoca de la cultura, es incontrovertido que a lo largo del texto constitucional se subraya el valor capital que la cultura tiene en nuestro sistema constitucional, hasta el punto de que es un valor que se proyecta sobre buena parte de su articulado”.

En este contexto cabe reseñar que Alegre Ávila (2017: 592-607) subraya que el TC ha apostado por la amplitud y heterogeneidad del concepto de cultura en supuestos donde se debatían cuestiones relacionadas con las competencias autonómicas en materia de actividades artísticas y culturales. Muestra de ello son las SSTC 177/2016, de 20 de octubre, y 134/2018, de 13 de diciembre, que juzgaban la constitucionalidad de normas autonómicas que concernían al desarrollo de las corridas de toros, normas aprobadas por la Comunidad Autónoma de Cataluña y la de Islas Baleares, respectivamente. Como se señala en la STC 134/2018, “desde la lógica de la concurrencia competencial existente en materia de cultura, las concepciones que los diversos poderes públicos responsables de cumplir el mandato del art. 46 CE puedan tener de lo que se entienda como expresión cultural susceptible de protección, pueden ser comunes y también heterogéneas, e incluso opuestas” (FJ 6)¹⁵.

Sin embargo, cuando el TC ha delimitado el objeto protegido por la LCA de forma diferenciada respecto del resto de derechos previstos en el art. 20.1 CE se ha centrado en un aspecto de la creación artística distinto a los aludidos hasta el momento. En efecto, el TC ha utilizado como dato fundamental la concurrencia de la ficción. Esta circunstancia se hace patente en la STC 51/2008, que vuelve a ser referente en la materia¹⁶. En su FJ 5 se sostiene lo siguiente: “(c)omo en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. (...) Además, hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección

15 Tanto la STC 177/2016 como la STC 134/2018 fueron controvertidas y contaron con distintos votos particulares ya que, más allá de resolver un estricto problema competencial, se sustanció una toma de posición concreta respecto del concepto de cultura. En este último sentido, la opinión mayoritaria concluyó que las corridas de toros constituyen un “fenómeno histórico, cultural, social, artístico, económico y empresarial” y que “pueden formar parte del patrimonio cultural común que permite una intervención del Estado dirigida a su preservación *ex art.* 149. 2 CE”, de forma que cualquier legislación autonómica que niegue o adultere este fenómeno supondría una contravención del art. 149.2 CE.

16 Conviene puntualizar que esta Sentencia hace constante referencia a la LCA y no tanto a la de producción literaria, pese a estar analizando una novela, en una suerte de subsunción de ésta en aquélla. Para Ruiz Palacios (2021: 133) la STC 51/2008 enjuiciaba la libertad de producción literaria, pero contiene una argumentación en cierto modo trasladable a la LCA.

externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión¹⁷.

Ahondando en esta distinción entre realidad y ficción se encuentra la STC 34/2010, de 19 de julio, que analizaba el docudrama “Sin hogar” cuya emisión televisiva había sido suspendida, y que trataba la vida y experiencias personales de un menor de forma que los hechos y situaciones reales se combinaban con otros ficticios. Esta Sentencia aborda la diferencia entre realidad y ficción en unos ambiguos términos, por lo que la cita que sigue es un tanto extensa, con la intención de no perder ningún matiz: “(el) Fiscal ante el Tribunal Constitucional defiende en su escrito de alegaciones que debe entenderse que el derecho sustantivo invocado por las entidades mercantiles es, exclusivamente, el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE]. Resulta, no obstante, que del examen de las actuaciones se desprende que la obra cuya difusión se prohibió no era, tan sólo, un documento informativo. Conforme al Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca se trata de un ‘docudrama’ en el que lo esencial de la historia se corresponde con hechos y situaciones reales, si bien se mezcla con situaciones y diálogos inventados. En este sentido, la película incluye una advertencia final conforme a la cual se trata de ‘una ficción inspirada en sucesos reales’ y utiliza nombres ficticios para todos sus protagonistas, si bien los órganos judiciales entienden que pese a ello la notoriedad de los hechos a los que se alude y su fidelidad esencial a los mismos permite su reconocibilidad.

Todo esto hace que en la cuestión aparezcan intensamente imbricados la libertad de información [art. 20.1 d) CE], que tiene por objeto la transmisión de hechos veraces y relevantes públicamente, con el derecho a la libertad de creación artística. Esta libertad, conforme a nuestra jurisprudencia, ‘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’ (STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5; 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5). Sin embargo, su inclusión en la Constitución le otorga la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección. (...) (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5).

Indudablemente, los hechos del caso sometido a nuestra consideración obligan a concluir que no se trata en esta ocasión de crear una obra por completo

17 Como se señala en este mismo FJ 5, esta desconexión de la creación artística respecto de la realidad empírica provoca que en el caso de la LCA no se apliquen ciertas características propias del derecho a la información. Concretamente, esta Sentencia apunta que “(c)omo en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre”.

nueva, sino que los autores de la película y las entidades mercantiles recurrentes en amparo pretendieron realmente hacer llegar a los espectadores su versión e interpretación de unos hechos reales y recientes, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información. Ha de entenderse por ello, que se centra básicamente en el ejercicio del derecho a la libertad de información garantizado en el art. 20.1 d) CE, si bien a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual” (FJ 3).

Queda patente la anunciada ambigüedad del uso de la ficción en la STC 34/2010, lo que quizás ha propiciado que no exista acuerdo doctrinal sobre si el TC considera la ficción como dato determinante para definir una creación artística¹⁸. Donde sí hay acuerdo es en considerar que el concepto de creación artística por su conexión con la ficción no cubre todas las dimensiones del arte. Como explica Ruiz Palacios (2021: 135) con motivo de esta Sentencia, “que una obra no sea completamente nueva u original —¿cuál lo es?—, que se base en unos concretos hechos reales —¿qué obra no encuentra su raíz más o menos lejana en una realidad?—, que sea más reportaje que ficción, tampoco impide al Tribunal reconocerle su componente artístico. Incluso en el caso analizado, en que se dio preferencia a la libertad de información, el Tribunal subrayó las especialidades que se podían derivar del aspecto creativo de la obra audiovisual. La ficción tampoco es, como ocurría en el supuesto de la obra de tono histórico, el elemento exclusivo para reconocer la naturaleza artística de una obra. Hay algo más”.

En esta dirección, Antonino (2023: 375) advierte que convendría aplicar el criterio de la ficción “con cierta cautela para evitar la tendencia a reducir el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho de creación artística a las obras de carácter ficcional. En muchas ocasiones, la diferencia entre una manifestación artística y la realidad es lábil y relativa. Esta cualidad del arte, en absoluto novedosa, ha podido verse acentuada por la proliferación, extensión y ampliación del concepto de performance, entendida como una intervención en la realidad, es decir como una acción. (...) La performance es, a menudo, un claro ejemplo en el

18 Según Urías (2020: 343-370) el TC utiliza la ficción como dato relevante y en este artículo recoge un amplio tratamiento sobre la distinción entre realidad y ficción en la doctrina constitucional. En cambio, para Ruiz Palacios (2021: 135) “(q)ue el componente ficticio no es para el Tribunal el elemento decisivo a la hora de enfocar un asunto por la vía de la creación artística es algo que confirma la STC 23/ 2010, de 27 de abril (fotomontaje Preysler). En este caso, se enjuiciaba una caricatura publicada por la revista humorística Noticias del mundo de Isabel Iglesias Preysler, consistente en un montaje de fotografías del rostro de la interesada y el cuerpo desnudo de otra mujer, y se alegaba la lesión del derecho al honor y la propia imagen de la primera. El Tribunal, nuevamente, no enfoca el asunto desde la perspectiva de la libertad de creación artística, a pesar de reconocer que se trata de una caricatura, que «perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la imagen» y a pesar de que se cita expresamente jurisprudencia del TEDH en la que este tipo de sátira constituye una forma de expresión artística. De modo que ni el componente ficticio (deformación de la realidad) ni el satírico, propios de la caricatura, son determinantes para valorar el asunto desde el prisma del art. 20.1 b) CE”.

que realidad y ficción pueden coexistir y canalizarse en una misma acción, difícilmente escindible en dos partes separadas: la real y la ficcional. Jurídicamente existen fórmulas que pueden adaptarse mejor al arte que el binomio ficción-realidad, como, por ejemplo, aquellas que se centran en la construcción estética de la expresión protegida”.

IV. UN RÉGIMEN JURÍDICO PROPIO PARA LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

Con independencia de que la ficción pueda o no considerarse como un elemento delimitador suficiente para definir el objeto protegido por la LCA, lo cierto es que ha obligado al TC a considerar que existe un espacio específico de protección reservado a esta libertad. Como ha quedado expuesto, este espacio se ha explicitado en la STC 51/2008, FJ 5, en los siguientes términos: “(l)a libertad protegida por el art. 20.1 a) CE no es solo la política, sino también la artística. Pero más allá de este hecho y de forma similar a como se ha reconocido respecto de la libertad de producción y creación científica (STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5), la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión”. Dos años más tarde, la STC 34/2010, FJ 3, afirma de nuevo, y ya de forma más clara, que la inclusión en la Constitución de la LCA “le otorga la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección”.

¿Esta autonomía predetermina un régimen jurídico-constitucional propio para la LCA? Para Antonino (2023: 370), aunque pueda parecer ventajoso el reconocimiento de un derecho a la LCA autónomo, ello no genera automáticamente una protección de mayor intensidad en el ámbito constitucional. Según esta autora, un genérico derecho a la libertad de expresión podría ser perfectamente operativo en la protección de las manifestaciones artísticas, siempre que la jurisprudencia se adaptase a sus peculiaridades.

Esta proposición plantea reservas, pues si la Constitución ha previsto específicamente un derecho, otorgándole por tanto un espacio concreto y distinto al del resto, parece razonable que su objetivo sea ofrecerle un régimen jurídico propio, lo que por supuesto no excluye que existan algunas zonas de protección coincidentes entre distintos derechos. Además, la propia autora admite que en el caso de la LCA existen peculiaridades en el régimen jurídico-constitucional a las que la jurisprudencia deberá adaptarse, y en este caso son muy significativas. A mayor abundamiento, la delimitación de un régimen jurídico diferenciado dotaría a los creadores y, sobre todo, a los operadores jurídicos, de un mayor grado de seguridad jurídica.

En cualquier caso, la creación de este espacio propio reservado a la LCA no ha conducido al TC a concretar un régimen jurídico-constitucional diferenciado

respecto de la libertad de expresión. En otras palabras, la reserva de un espacio autónomo no ha tenido una consecuencia sustantiva proyectando una protección diferenciada de la LCA respecto de la libertad de expresión.

Las escasas alusiones a un eventual régimen específico para la LCA se han focalizado en consideraciones jurisprudenciales relativas a los límites de los derechos, que a la postre han sido aisladas y un tanto genéricas.

Respecto de los límites específicos que la LCA significa para otras libertades o derechos cabe destacar la STC 81/2020, de 15 de julio, que analizaba si una norma autonómica que restringía el uso de animales en filmaciones introducía un supuesto de censura previa. El FJ 16 de esta Sentencia puntualizó lo siguiente: “(l)as libertades de expresión y de producción y creación literaria y artística tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título primero de la Constitución, en los preceptos de las leyes que las desarrollan y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como en la protección de la juventud y la infancia, conforme determina el art. 20.4 CE. En consecuencia, la protección de los animales no es oponible a esas libertades fundamentales, que encuentran su límite exclusivamente en el respeto a los derechos de otras personas”.

Por su parte, la STC 81/2001, de 26 de marzo, analizaba la eventual vulneración de los derechos de explotación de la propia imagen de Emilio Aragón, tras la difusión de un anuncio publicitario que evocaba su figura. En el FJ 2 de la Sentencia se sostuvo lo siguiente: “al igual que sucede con los demás derechos, el derecho a la propia imagen no es absoluto. Como todos los derechos encuentra límites en otros derechos y bienes constitucionales y en este caso, muy particularmente, en el derecho a la comunicación de información y en las libertades de expresión y de creación artística”¹⁹.

No obstante, lo que resulta realmente relevante no es tanto la jurisprudencia contenida en estas Sentencias, que se han pronunciado sobre cómo la LCA supone un límite a otras libertades o derechos, sino la doctrina referida a los límites de la LCA. Las dos Sentencias del TC de referencia en este punto no describen cuáles son estos límites, pero contienen unas consideraciones de especial interés por lo que resulta pertinente detenerse en ellas.

19 Esta Sentencia acabó concluyendo que no podía enfocarse el problema constitucional desde la perspectiva de los límites a los derechos, sino que la reclamación del recurrente no cabía dentro del ámbito objetivo del derecho a la propia imagen como se pretendía: “Sin embargo, para la resolución del recurso enjuiciado en este proceso constitucional de amparo no es necesario abordar la amplia y compleja problemática de los límites del derecho a la propia imagen. Por el contrario, sí conviene destacar que, de lo que llevamos dicho se desprende que, como ya se apuntó en la STC 231/1988, FJ 3 y, sobre todo, en la STC 99/1994, el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial incontestada —e incluso en determinadas circunstancias la consentida— de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen” (FJ 2). Sobre los límites de la LCA en relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen puede consultarse Dedeu Pastor (2023).

De un lado, la STC 51/2008 relativa al hijo de María Moliner sostuvo que “el propio apartado 4 del art. 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en este precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. En cambio, y tal y como se desprende de la propia Sentencia recurrida, el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho”. Esta última afirmación evoca a los límites tradicionalmente trazados por el TC a la libertad de expresión y no es baladí, puesto que de ella puede fácilmente desprenderse que el Tribunal también considera que debe otorgarse un amplio margen de libertad a las creaciones artísticas que puedan “molestar, inquietar o disgustar” (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4)²⁰.

De otro lado, y en sentido inverso, figura la STC 176/1995, de 11 de diciembre, que analizaba la publicación en España de un álbum titulado “Hitler = S.S.” del guionista Gourio y el dibujante Vuillemin, publicación que narra episodios del Holocausto judío y que estuvo secuestrada en Francia. La Sentencia describe el álbum como una serie en la que con dibujos y texto se compone un relato, historieta o tebeo que, por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica. Tras esta descripción y pese a considerar el álbum una obra de ficción, el TC considera que, “(p)or lo tanto, hay que situarlo en principio dentro de una lícita libertad de expresión, en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor” (FJ 2).

Esta posición se ratifica en un fundamento posterior de la Sentencia: “Es evidente que, vista así, la historieta nada tiene que ver, ningún parentesco guarda con una crónica del pasado, careciendo de valor informativo alguno, sin que tampoco lo tenga cultural en ninguna de sus facetas, como se vio más arriba. Por otra parte, el propósito burlesco, animus iocandi (...) se utiliza precisamente como instrumento del escarnio. Es posible que para algunos ciertas escenas del folleto resulten cómicas por su capacidad para poner en ridículo el sufrimiento, minimizando la abyección. Ese tratamiento no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria. Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto” (FJ 5).

Esta exclusión *a radice* de la presencia de la LCA resulta reseñable pues concurren diversos elementos que permitirían claramente considerar que el derecho afectado era la LCA, por tratarse de una ficción expresada a través de viñetas con un contenido pretendidamente humorístico. Sin embargo, el TC no solo considera

20 Esta jurisprudencia se ha mantenido invariable y el último caso se encuentra en la STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 6, donde se recuerda que la preservación de una sociedad democrática exige que deban ampararse no sólo pensamientos, ideas u opiniones favorables o consideradas inofensivas, sino también las que contrastan, chocan o inquietan a un Estado o a un sector de la población.

que la libertad de expresión es la que se encuentra exclusivamente en juego, sino que tras plantearse la posibilidad de considerar en liza a la LCA la desecha rotundamente. Ni siquiera opta por considerar que libertad de expresión y LCA se encuentran “intensamente imbricadas”, como sucedió en la STC 34/2010 respecto del derecho a la información. Por otra parte, la entrada de la LCA no hubiera obligado a un fallo necesariamente estimatorio, pues bien podría haberse considerado que el mayor margen de expresión que eventualmente cabría otorgar a la LCA tampoco permitía ampliar hasta ese punto la protección del mensaje.

Además de lo que acaba de apuntarse en relación con el derecho en liza, esta Sentencia plantea un segundo elemento de interés que afecta, ahora sí, al régimen jurídico-constitucional de la LCA. En su FJ 4 se sostiene que “cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable”; sin embargo, inmediatamente después se afirma en su FJ 5 que “se hace obligado verificar si en este caso, partiendo sin vacilación alguna de la más amplia y deseable libertad de expresión, se extravasó el perímetro de tal derecho fundamental o, por el contrario, si su ejercicio ha podido legitimar de algún modo la conducta”. Resulta elocuente esta cita puesto que la estructura de la fundamentación parece primero conducirnos a pensar que el TC considera dentro de los márgenes de la libertad de expresión el contenido del mensaje, pero, posteriormente, verifica si el mensaje queda al margen del ámbito objetivo de esta libertad.

Esta contradicción resulta relevante en el siguiente sentido. Como explica Ruiz Palacios (2021: 131), la Sentencia “confunde los planos eventualmente concernidos. Una cosa es que existan límites a la LCA, de modo que el resto de los derechos o bienes constitucionales tienen virtualidad para constreñir o perfilar el ámbito constitucionalmente protegido de la misma, y otra muy distinta es que se le niegue de antemano el carácter cultural, que se la excluya frontalmente de su pertenencia a la noción de creación artística. Ámbito objetivo y límites deberían no confundirse. Resulta preciso insistir en esta distinción, pues un mal entendimiento de ambos planos puede provocar que se deje al margen de protección cierto tipo de arte, como tradicionalmente ha sucedido con las obras de carácter emancipador, tantas veces huérfanas de toda garantía²¹.”

Quizás la postura de la STC 176/1995 tuvo en cuenta que el Tribunal de Estrasburgo ha aplicado el art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a los casos de revisionismo o negacionismo del Holocausto judío, considerándolos fuera de la cobertura del art. 10 del Convenio en aplicación de esta cláusula de

21 Por otra parte, y ya en el marco de los límites de la LCA y no de la delimitación de su ámbito objetivo, la distinción entre arte emancipador u ofensivo debe abordarse con prudencia, pues, como señala Vázquez Alonso (2015: 116), si se echa una vista a la historia se comprueba cómo aquello que en un momento se ha considerado sancionable con el tiempo puede transformarse en emancipador.

prohibición del abuso de Derecho, destinada a mantener los valores del sistema democrático que subyacen en el Convenio y evitar que se abuse del mismo en beneficio de un poder público o de un particular. De hecho, según Keane (2007: 642), si se analiza la interrelación de esta cláusula de abuso de Derecho con el art. 10 se comprueba que el rol del art. 17 se reserva a los casos de discusiones sobre el revisionismo histórico o la negación del Holocausto²².

De cualquier modo, y al margen de pronunciamientos constitucionales aislados que por otra parte se realizaron hace ya décadas, parece clara la evolución de la jurisprudencia del TC en la línea de conceder un ámbito objetivo distinto a la LCA respecto de la libertad de expresión, lo que aboca al Tribunal a diseñar un régimen específico para la LCA. De igual forma, resulta evidente que queda camino por recorrer en la definición de un régimen jurídico singular para la LCA en la doctrina del Tribunal, pues poco ha pautado al respecto. No obstante, partiendo de la jurisprudencia aplicable a la libertad de expresión y de las escasas indicaciones de la doctrina constitucional relativa a la LCA puede perfilarse lo siguiente.

Como ha quedado expuesto, el TC considera aplicable a la LCA toda su doctrina relativa a la libertad de expresión y ha aludido en dos ocasiones a un objeto y régimen jurídico específico para las creaciones artísticas. De manera muy sucinta, la STC 51/2008 señalaba que “la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión” (FJ 5). También lacónicamente la STC 34/2010 sostenía que el amparo “se centra básicamente en el ejercicio del derecho a la libertad de información garantizado en el art. 20.1 d) CE, si bien a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual” (FJ 3).

De ambos escuetos fragmentos puede deducirse lo siguiente: (i) que la protección de la LCA cuenta con una doble justificación, la que comparte con la libertad de expresión y otra propia y diferenciada; (ii) y que la LCA dispone de unas especialidades que la diferencian del resto de derechos contenidos en el art. 20.1 CE. Siguiendo con esta lógica indicada en la doctrina constitucional, puede sugerirse que son de aplicación a la LCA las siguientes pautas.

Para empezar y como destaca Prieto de Pedro (2023: 87), la LCA disfrutará de una especial protección respecto de otros derechos y libertades por su vinculación con la formación de una opinión pública libre (STC 177/2015, de 22 de julio), con el límite de los casos en que suponga una incitación al odio²³. En esta

22 Un completo análisis sobre el tratamiento del negacionismo puede encontrarse en Bustos (2015).

23 Una buena síntesis sobre lo que el TC considera discurso del odio se recoge en la STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2 ii): “En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de

línea, y como defiende Solar (2009: 149), resulta imprescindible otorgar un amplio margen al creador, incluso cuando las obras puedan ser consideradas discutibles, de mal gusto o rechazables, pues el arte es provocador por principio; este mayor margen de libertad resulta especialmente aplicable al caso de la sátira, máxime si es política.

Por otra parte, cuando la creación artística dispone de un contenido discursivo debiera protegerse en mayor o menor grado en función de la relevancia pública del mensaje (STC 107/1998, de 8 de junio). La ausencia de un concepto normativo de materia de interés público aboca a su configuración jurisprudencial, que como se ha señalado es claramente expansiva excediendo con creces las denominadas por Mantovani (1973: 102) materias privilegiadas²⁴, y nos sitúan como apunta Post (1990: 683-684) en un contorno vago y condicionado a percepciones ideológicas (y artísticas), sujetas a una infinita negociación entre la democracia y la vida en comunidad.

En las obras de arte discursivas el margen de crítica también debería tener en cuenta la condición del sujeto destinatario de la misma, distinguiendo claramente la crítica a cargos públicos de la dirigida a personas privadas (STC 49/2001, FJ 6, de 26 de febrero).

La superior protección que se otorga a determinados emisores de mensajes (STC 30/1982, de 1 de junio) apunta a la necesidad de proteger al artista por encima de un individuo que, ocasionalmente, lleve a cabo una actividad próxima al arte. Esta superior protección también debería aplicarse, entre otros, a los propietarios de las galerías de arte o comisarios de exposiciones, de forma similar a la garantía que ostentan los responsables o directivos de medios de comunicación. Desde otra óptica y como sostiene Keane (2008: 847), los humoristas, en general, y los caricaturistas, en particular, deberían disponer también de mayor espacio

control constitucional que debe desarrollarse es la de 'dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia' (FJ 4). Igualmente se recordaba que '[e]n la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que 'no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre' (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre' (FJ 4). Y, además, que '[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes' (FJ 4)".

²⁴ Mantovani (1973) las define como aquellas que abarcan todo lo que interesa en vistas al ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados, como política, religión, arte o ciencia, y otras que se acercan como criminalidad, justicia, economía o deporte.

para atacar las ideas predominantes, pues estos últimos pueden hacer y decir cosas que un ciudadano responsable, o incluso un periodista responsable, no pueden hacer ni decir.

La forma de difusión de la creación artística también debería ser tomada en consideración (STC 83/2023, 4 de julio, FJ 5). En este sentido, cabría distinguir una exposición en una reputada galería de arte y dirigida a un público experto de una exhibición gratuita en una sala provisional abierta y dirigida a todo tipo de público.

Para concluir con estas acotaciones sobre el régimen jurídico que podría predicarse de la LCA a la luz de las orientaciones de la jurisprudencia constitucional, cabe traer aquí a colación la STC 35/2020, de 25 de febrero, que enjuiciaba la condena por enaltecimiento del terrorismo con motivo de unos tuits publicados por César Montaña Lehmann, cantante y letrista de los grupos de rap-metal Def Con Dos y Strawberry Hardcore. Pese a que la libertad enjuiciada en ese caso era la libertad de expresión, en el FJ 5 de la Sentencia puede leerse que “se advierte que en la resolución impugnada se afirma concluyentemente que resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención —irónica, provocadora o sarcástica— del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos”. Si bien el TC critica la no consideración de estos extremos, pero no explica el peso específico de los mismos en el caso concreto, no es baladí que una sentencia del TC los recoja como datos a sopesar, especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se estaba enjuiciando una obra del artista sino la expresión de sus pensamientos, ideas y opiniones. Resulta lógico aventurar que si estos extremos son tomados en consideración por el TC cuando evalúa la libertad de expresión, con más motivo deberán examinarse en el caso de la LCA, por lo que estas pautas abundan en el régimen jurídico-constitucional que se está sugiriendo para la misma.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alegre Ávila, J. M. (2017). Toros y Patrimonio Cultural. La tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial (consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016, de 20 de octubre). *Patrimonio cultural y Derecho*, 21, 551-607.
- Antonino de la Cámara, M. (2023). La justicia constitucional y el lenguaje del arte. En Prieto de Pedro, J. y Dedeu Pastor, R. (coords.), *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística* (pp. 401-420). Madrid: Fundación Gabeiras y Marcial Pons.
- Bustos, R. (2015). Libertad de expresión y discurso negacionista. En Revenga, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 123-148). Madrid: Universidad de Alcalá.
- Dedeu Pastor, R. (2023). La libertad de creación artística y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Prieto de Pedro, J., y Dedeu Pastor, R. (coords.),

- Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística* (pp. 191-244). Madrid: Fundación Gabeiras y Marcial Pons.
- Díez Bueso, L. (2002). La relevancia pública en el derecho a la información: algunas consideraciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 213-238.
- Eberle, E. (2007-2008). Art as speech. *University of Pennsylvania Journal of Law & Social Change*, 11(1), 1-39.
- Hamilton, M. A. (1996). Art Speech. *Vanderbilt Law Review*, 71, 71-109.
- Keane, D. (2007). Attacking hate speech under art. 17 of the European Convention of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25, 641-663.
- Keane, D. (2008). Cartoon violence and freedom of expresión. *Human Rights Quarterly*, 30(4), 845-875.
- Mantovani, F. (1973). *Fatto determinato, exceptio veritatis e libera manifestazione del pensiero*. Milán: Giuffrè.
- Namod, S. (1987). Artistic expression and aesthetic theory. The beautiful, the sublime, and the First Amendment. *Wisconsin Law Review*, 221-264.
- Pedrazzini, A. (2010). Absurdo, bulo e ironía: pilares del humor escrito del suplemento argentino Sátira/12. *Perspectivas de la comunicación*, 2, 84-106.
- Post, R. (1990). The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*. *Harvard Law Review*, 103, 605-684.
- Prieto de Pedro, J. (2023). La creación jurídica de la libertad de creación artística. En Prieto de Pedro, J., y Dedeu Pastor, R. (coords.), *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística* (pp. 49-88). Madrid: Fundación Gabeiras y Marcial Pons.
- Ruiz Palacios, N. (2021). La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? (L'oiseau rebelle en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional). *Revista de Administración Pública*, 215, 111-142.
- Solar Cayón, J. I. (2009). Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 20, 117-161.
- Tushnet, M. (2012). Art and the First Amendment. *Columbia Journal of Law & Arts*, 35, 169-220.
- Urías, J. (2020). La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 343-370.
- Vázquez Alonso, V. J. (2014). La libertad de expresión artística una primera aproximación. *Estudios de Deusto*, 62, 73-92.
- Vázquez Alonso, V. (2015). Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular. En Revenga, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 89-121). Madrid: Universidad de Alcalá.

TITLE: *Art Speech in the Case Law of the Spanish Constitutional Court: An Autonomous Right with its own Legal Regime*

ABSTRACT: *The analysis of the decisions of the Constitutional Court on freedom of artistic creation shows that it is a freedom whose recognition and constitutional regime is being forged in recent decades.*

Taking into account this context, there has been an evolution in the constitutional case-law that has gone from considering it part of freedom of speech to conceiving it as an autonomous freedom. Although this evolution has not been linear or clear, in a double and relevant sense. On the one hand, the transition towards an autonomous freedom has not been reasoned or armed with a minimum load of arguments and, to this day, the Court's position regarding the scope of this freedom is still not crystal clear. On the other hand, the autonomy of the freedom of artistic creation with respect to freedom of speech should lead to the design of a minimum constitutional regime differentiated with respect to the latter, which has not been pointed out by the Constitutional Court. This article analyzes in detail the described evolution of the constitutional case-law in relation to the freedom of artistic creation, evaluating the different options of the constitutional jurisprudence.

RESUMEN: *El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de libertad de creación artística muestra que se trata de una libertad cuyo reconocimiento y régimen jurídico-constitucional se está forjando en las últimas décadas. Partiendo de este contexto, se ha producido una evolución en la doctrina constitucional que ha pasado de considerarla parte de la libertad de expresión a concebirla como una libertad autónoma. Aunque esta evolución no ha sido ni lineal ni clara, en un doble y relevante sentido. Por un lado, el tránsito hacia una libertad autónoma no ha sido ni razonado ni armado con una mínima carga argumental y, a día de hoy, no queda todavía meridianamente clara la postura del Tribunal respecto del ámbito objetivo de esta libertad. Por otro lado, la autonomía de la libertad de creación artística respecto de la libertad de expresión debería abocar al diseño de un mínimo régimen jurídico-constitucional diferenciado respecto de ésta, que no se ha apuntado por parte del Tribunal. Este artículo analiza con detalle la descrita evolución de la jurisprudencia constitucional en relación con la libertad de creación artística, valorando las distintas opciones de la doctrina constitucional.*

KEY WORDS: *Freedom of artistic creation, freedom of speech, constitutional case-law, fundamental rights and freedoms.*

PALABRAS CLAVE: *Libertad de creación artística, libertad de expresión, jurisprudencia constitucional, derechos fundamentales.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 20.01.2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 28.02.2024

CÓMO CITAR / CITATION: Díez Bueso, L. (2024). La libertad de creación artística en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿un derecho autónomo con un régimen jurídico propio?. *Teoría y Realidad Constitucional*, 53, 349-369.

