

Libertad, arte y cultura

Reflexiones jurídicas
sobre la libertad de
creación artística

Coordinadores

Jesús Prieto de Pedro
Roger Dedeu Pastor

Preámbulo	11
Roger Dedeu Pastor (Presidente de la Fundación Gabeiras)	

Introducción	13
María Lorenzo Moles (Coordinadora de la Fundación Gabeiras)	

1

El concepto	17
Coordina: Jesús Prieto de Pedro	

La prohibición de la censura: perspectivas histórica y comparada y «nuevas» formas de censura	19
Miguel Ángel Presno Linera	

La creación jurídica de la libertad de creación artística	49
Jesús Prieto de Pedro	

La libertad de creación artística en las relaciones entre particulares	89
Joaquín Urías	

2

Los límites	121
Coordina: Laura Díez Bueso	

Libertad de expresión y de creación artística en Estados Unidos y en Europa: límites y censuras	123
Laura Díez Bueso	

Los sentimientos religiosos como límite de la libertad de creación artística: ¿existe el derecho a no a ser ofendido?	165
Igor Mintegua Arregui	

La libertad de creación artística y el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen	191
Roger Dedeu Pastor	

3

Los contextos 245

Coordina: Víctor J. Vázquez Alonso

Libertad artística y los contratos del arte. Derecho privado 247
María Álvarez García

La propiedad intelectual: catalizador o limitador de la libertad creadora 275
Belén Álvarez Cabrera

La censura artística 313
Víctor J. Vázquez Alonso

El fomento público de la cultura y el control de legalidad 325
de los premios por los tribunales
Juan Antonio Ureña Salcedo

Sexo, arte y pornografía 343
Ana Valero Heredia

Libertad creativa y cultura de la cancelación 373
Carlos Lara González

La justicia constitucional y el lenguaje del arte 401
Mar Antonino de la Cámara

La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales 421
y el nuevo sistema de la libertad de expresión
Víctor J. Vázquez Alonso

4

Las protecciones y garantías 447

Coordina: Marcos Vaquer Caballería

Las Administraciones Públicas, ¿sirven con objetividad a la libertad del arte? 449

Marcos Vaquer Caballería

Cultura y fomento. Luces y sombras de las subvenciones en el sector cultural 461

Nuria Ruiz Palazuelos

Libertad artística y servicios públicos culturales 487

Carmen Camblor de Echanove

Libertad artística y empleo público 513

Federico A. Castillo Blanco

5

Las sanciones 535

Coordina: Igor Minteguía Arregui

La protección penal de los sentimientos religiosos 537

Rafael Alcácer Guirao

Los delitos de odio y la búsqueda por preservar la expresión cultural y artística 569

Iñigo Gordon Benito

Los delitos contra el honor (y afines) como límite a la libertad de creación artística 599

Pilar Otero González

Las restricciones administrativas a la libertad de creación artística 639

Mikel Díez Sarasola

6

Las expresiones artísticas 675

Coordina: Marta Timón Herrero

La libertad de creación literaria 677

Eva Desdentado Daroca

Cinema *friendly* 711

Raúl C. Cancio

Humor, a lâmina que a democracia deve suportar 737

Francisco Humberto Cunha Filho y Allan Carlos Moreira Magalhães

Cosí fan tutte o *Mala mujer*: ¿debe protegerlas el Derecho? 763

Ana Georgina Guerrero Ron

La libertad de creación artística: música 781

Francisco Arroyo Álvarez de Toledo

A vueltas con la *performance*: la insuficiencia del elemento 811

ficcional en la jurisprudencia

Marta Timón Herrero

7

Las discriminaciones 843

Coordina: María Paz García Rubio

Introducción 845

María Paz García Rubio

Artistas vulnerables 849

Julia Ammerman Yebra y Fernando Vázquez Asper

Mujeres artistas y discriminación 899

Antonio Rubí Puig

Migración y creación 927

Isidro López-Aparicio Pérez

Preámbulo

Creemos poder afirmar que la obra colectiva que hoy tienes en tus manos es el resultado de la combinación entre una necesidad social y de una inquietud colectiva, lo cual quedó absolutamente patente en las «Jornadas de Libertad, arte y Cultura. De la censura y las censuras», organizadas por la Fundación Gabeiras para el Derecho y la Cultura los días 25, 26 y 27 de 2020 en colaboración con el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza, el MNCARS y el Círculo de Bellas Artes.

La necesidad social a la que nos referimos aparece con el desamparo en que se encuentran tradicionalmente los creadores artísticos a la hora de saber a ciencia cierta cuál es el marco jurídico de actuación en el que pueden desarrollar su actividad creativa y, dentro de ese marco jurídico, cuáles son los límites que el propio sistema establece para ello; así como cuáles son las sanciones civiles, penales y administrativas en las que podrían incurrir al contravenirlo, y sus posibles medios de defensa y justificación.

Ese desamparo viene en gran medida provocado y agravado por el hecho de que, tanto la doctrina como la jurisprudencia —nacional e internacional— no han tratado esta problemática con la profundidad, la extensión y la visión holística que, a nuestro modo de ver, merece —ya sea por razones de oportunidad, ya sea por razones de especialidad—; así como por el hecho de que tampoco la legislación —nacional e internacional— ha sabido regular debidamente estos supuestos desde la perspectiva civil, administrativa o penal.

La inquietud colectiva a la que me nos referíamos al inicio se genera desde el momento en que un conjunto de juristas de muy diversa índole y procedencia, se unen para poner en común sus trabajos y responder a ese desamparo y necesidad social antes apuntados, primero en el entorno de las jornadas celebradas en el año 2020 y posteriormente con sus trabajos en forma de aportaciones a este libro.

Esta obra, que cuenta con el apoyo de la Comunidad de Madrid y Triodos Bank para su publicación, pretende ser una respuesta jurídica a esa necesidad social y a esa inquietud colectiva.

Como puede verse de la lectura del índice de la obra, se ha pretendido estructurar su contenido de una manera contemporánea, dando cabida a todas las áreas del Derecho público y privado que entendemos pueden incidir en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de creación artística.

Esa visión holística podemos decir que ha sido el eje vertebrador de su construcción y ordenación.

Empezando por el primer capítulo, se pretende incidir en el propio concepto de creación artística a los ojos del Derecho, así como su necesario

encuadre dentro del sistema de derechos y libertades que prevé y regula nuestro sistema constitucional.

En el segundo capítulo, se analizan los límites que tradicionalmente el ejercicio de la libertad de creación artística ha ido encontrando en su proceso de construcción y que, a fecha de hoy, podemos decir que siguen siendo los grandes capítulos que limitan su pleno ejercicio por los creadores.

Junto a esos límites primarios, en el capítulo tercero analizamos aspectos que, sin ser límites propiamente dichos, sí que suponen un condicionamiento al ejercicio del derecho a la libertad de creación artística por parte de los creadores y que, sin duda, lo condicionan en mayor o menor grado según el caso.

En los capítulos cuarto y quinto, se estudian las protecciones que el ordenamiento jurídico ofrece a los creadores, así como las sanciones penales y administrativas a las que pueden verse expuestos los creadores en los casos en los que su actividad exceda de esos límites primarios y contextuales anteriormente analizados.

El análisis de los capítulos primero a quinto se centra en los aspectos generales predicables del ejercicio de la libertad de creación artística referido a cualquier práctica artística. Por ello, en el capítulo sexto analizamos ya específicamente aspectos jurídicos singulares referidos individualmente a algunas de las manifestaciones artísticas más usuales en nuestro entorno cultural.

Finalmente, en el último capítulo, hemos querido incorporar la visión de los propios creadores frente al ejercicio de su derecho como tales, por entender que sin esa aportación esta obra quedaría coja al no contar con los principales agentes de la libertad de creación artística, que son los propios autores.

Acabamos indicando que esta obra es fruto de un proceso que hoy empieza pero que ni mucho menos acaba aquí. Todos los intervinientes pensamos que con este libro se crea un espacio incipiente de reflexión jurídica, que debe ir más allá de su contenido actual, y que debe irse enriqueciendo paulatinamente con todas aquellas aportaciones que vayan surgiendo por aquellos juristas y creadores que consideren que pueden incorporar su visión particular a la materia que hoy nos ocupa.

Ese es el verdadero objetivo que creo compartimos todos los autores que colaboramos en esta obra: profundizar en el conocimiento del proceso creativo entendiéndolo como un pilar esencial de una verdadera sociedad libre, democrática y plural, en la que el ejercicio de los derechos individuales y colectivos se haga siempre en paz, fraternidad y armonía.

Roger DEDEU PASTOR

Presidente de la Fundación Gabeiras para el Derecho y la Cultura

Introducción

Tras el preámbulo que introduce esta obra bajo la firma del presidente de la Fundación Gabeiras, Roger Dedeu, hemos querido dejar también un espacio, previo a las aportaciones de los autores, para la explicación de la metodología implementada en el desarrollo de esta compilación.

Está en el ADN de la Fundación Gabeiras la convivencia entre el conocimiento y la práctica jurídica con la gestión cultural. El carácter otorgado a la Fundación por sus patronos fundadores supuso la creación de forma pionera de una entidad que ponía en valor la importancia de la metodología de los procesos de creación de conocimiento. Desde su misma constitución, la Fundación Gabeiras ha sido consciente de que la aproximación a los diversos temas debía compaginar la búsqueda de la verdad y el método adecuado. Esta metodología certifica la capacidad transformadora del propio acto de gestión, que no es, al fin y al cabo, más que una forma de facilitación de acceso al conocimiento artístico, jurídico o de cualquier tipo.

La presente obra se compone de treinta textos y dos introducciones articuladas en siete capítulos. La organización de los capítulos, tal y como se señala en el preámbulo, se va expandiendo desde el núcleo del concepto hacia los límites, los contextos, las protecciones y garantías y las sanciones, como todo lo que circunda, para por fin *romper la pared* —utilizando una metáfora teatral— y pasar a ver el otro lado, desde otra perspectiva, la visión de la obra y del propio artista. Se desarrollan así, en los últimos capítulos, las especificidades de cada tipo de expresión artística y las discriminaciones. Esta consideración diversa y poliédrica otorga un especial interés al necesario abordaje de los temas tratados.

Entre los coordinadores y los autores y autoras, suman hasta treinta y seis firmas, catorce de mujeres. La procedencia territorial es también un valor de las múltiples perspectivas de la obra, así, hemos contado con profesores universitarios de las universidades de Santiago de Compostela, Valencia, Sevilla, Carlos III de Madrid, Barcelona, País Vasco, Granada, Oviedo, Castilla-La Mancha, Pompeu Fabra o Cantabria. Especial mención requieren las incorporaciones de Humberto Cunha Filho y Allan Carlos Moreira Magalhães (Universidad de Fortaleza), que aportan también la necesaria visión latinoamericana.

Otro aspecto destacable, quizá el más relevante, es la altura de todos los participantes. Una combinación de investigadores universitarios de reconocida trayectoria, entre los que encontramos catedráticos, profesores y destacados jóvenes investigadores, así como miembros y exmiembros de

organismos tan relevantes como el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo o el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Abogadas y abogados en ejercicio de prestigiosos despachos de propiedad intelectual y derecho de la cultura, asesores parlamentarios internacionales y estudiosos del derecho de la cultura.

Por último, destacar la feliz convivencia intergeneracional, que dota sin duda de una riqueza y representatividad adecuada al texto que lo acerca a la sociedad desde todas sus perspectivas.

En definitiva, todos estos datos convierten el libro *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística* en un acontecimiento jurídico y social. Es la compilación del conocimiento actual en la materia de la mano de muchos de los profesionales que se han aventurado a la reflexión, comenzando así un camino aún inexplorado.

Como adelantábamos, esta iniciativa ejemplifica de manera perfecta la voluntad y el trabajo de la Fundación, dedicada al servicio público desde la acción propositiva. El objetivo de este libro es el de propiciar un debate más elevado, más riguroso, sobre un tema que, como se señala en el preámbulo, es una necesidad social y una inquietud colectiva. Desde la Fundación Gabeiras entendemos que estas aportaciones que aquí recogemos vienen a cubrir parte de ese vacío y pueden contribuir al anclaje del debate.

La línea metodológica habitual puede rastrearse fácilmente en el proceso que ha seguido la elaboración de esta obra, así como en el carácter abierto y plural que caracteriza el proceso y el resultado.

Así comenzamos con la celebración de un aula en el año 2018 titulada «Bases para una Reflexión sobre la libertad artística y sus límites» en la que se planteaba la cuestión y donde se detectaba ya el interés hacia el tema.

No sería sin embargo hasta el año 2020 cuando situamos las jornadas «Libertad, arte y cultura. De la censura y las censuras», donde el tema quedó abordado desde multitud de perspectivas jurídicas, artísticas, administrativas y académicas. Estas jornadas, en colaboración con el Círculo de Bellas Artes, el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza, la Universidad Carlos III, la Universidad Nacional de Educación a Distancia y el CA2M (Centro de Arte Dos de Mayo) entre otros muchos, centraban el debate y daban la respuesta adecuada a una cuestión aún sobrevolada.

Con estas jornadas se abría por fin un foro de grandes dimensiones acerca de la libertad de creación artística y sus límites, en los que más de setenta participantes aportaron su experiencia y su punto de vista. Desde la cultura, representantes del cine, las artes visuales, la literatura, la dramaturgia, la música y el humor han podido cruzar sus reflexiones con especialistas en la materia procedentes del derecho, la sociología, la filosofía, el periodismo o la gestión.

Una vez detectada la problemática, contrastada socialmente ante los expertos y el público interesado, se dibujaba ya de manera clara la aportación necesaria que podíamos facilitar desde la Fundación: la evidente ne-

cesidad de literatura jurídica especializada y textos de referencia fue una conclusión consensuada.

Para el desarrollo de este volumen se dibujó una secuencia lógica de capítulos, que venía a replicar el desarrollo de las mesas de las jornadas, y que eran una primera clasificación científica diseñada por el profesor Jesús Prieto de Pedro que, con gran acierto, ayudaría a ordenar toda la generación de conocimiento posterior.

Cada uno de los capítulos fue a su vez trabajado con un responsable de reconocida trayectoria profesional dentro de alguno de los ámbitos jurídicos escogidos y que, además, estuviera familiarizado y fuera sensible con el ámbito cultural, imprescindible para un abordaje completo.

De esta manera, comenzábamos a trabajar con Marcos Vaquer, Laura Díez Bueso, Marta Timón, María Paz Álvarez, Igor Minteguía, Víctor Vázquez y el propio Jesús Prieto de Pedro, en el diseño de los capítulos y la elección de los autores.

A este momento le sucedieron diferentes reuniones con todos ellos, conjunta y separadamente, así como con los integrantes de cada capítulo. Esta manera de trabajar cooperativa y dialogada ha tenido diferentes virtudes, especialmente la distribución adecuada de los temas sin solapamientos, el intercambio de referencias y conocimiento y, por último, la capacidad de fomentar una sensación de pertenencia al proyecto que ha impregnado sin duda el espíritu del libro.

Una vez desarrollada esta segunda introducción al libro, quedaría agradecer a la editorial Marcial Pons la visión innovadora y la apuesta por esta aventura conjunta, y desearle a este libro, que tan inverosímil nos ha parecido en algún momento tener entre las manos, un viaje largo y ancho y un propósito útil. Ortega y Gasset citaba con frecuencia la sentencia latina *habent sua fata libelli* ('todos los libros tienen su destino'). Nos gustaría que el destino de este siguiera el método de su elaboración y fuera una herramienta accesible, poliédrica, de múltiples lecturas y utilizaciones que enriquecieran y completaran las importantes aportaciones aquí contenidas.

María LORENZO MOLES

Coordinadora de la Fundación Gabeiras para el Derecho y la Cultura

1

El concepto

La prohibición de la censura: perspectivas histórica y comparada y «nuevas» formas de censura

Miguel Ángel PRESNO LINERA

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo.
[presnolinera@gmail.com]

Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas a 18 de febrero de 2022.

Sumario

- 1** Una panorámica comparada del tratamiento jurídico de la censura
 - 1** La evolución del tratamiento de la censura en Estados Unidos
 - 2** La prohibición de censura previa en la Convención Interamericana de Derechos Humanos: el Caso «*La última tentación de Cristo*» *v. Chile*
 - 3** El tratamiento de la censura en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)
- 2** Los actos expresivos contra símbolos nacionales en Estados Unidos y contra estatuas, monumentos y lugares simbólicos en ámbito del Convenio europeo de derechos humanos
 - 1** El simbolismo como forma efectiva de comunicar ideas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos
 - 2** La exteriorización de la disidencia con actos expresivos contra estatuas, monumentos y lugares simbólicos en Europa
 - 3** La prohibición de la censura previa, entendida como «cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu», en la Constitución española
- 4** La garantía del acceso a internet y su relevancia frente a modernas formas de censura en las sociedades democráticas de nuestros días
- 5** ¿Es la «cultura de la cancelación» una forma de censura?

*A veces la sátira tiene que reconstruir
lo que el pathos ha destruido*

Stanisław Jerzy Lec

1

Una panorámica comparada del tratamiento jurídico de la censura

.1

La evolución del tratamiento de la censura en Estados Unidos

La censura no aparece expresamente prohibida por la Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, donde, como es bien sabido, se protege la libertad de expresión;¹ como consecuencia, después de su entrada en vigor no dejaron de aprobarse disposiciones estatales que, de una manera más clara o de forma más encubierta, contenían normas preventivas sobre la impresión o la difusión.² Por eso no resulta del todo sorprendente que, ya en pleno s. XX, se suscitaran casos como el Asunto *Near v. Minnesota*, de 1 de junio de 1931, el primer gran caso sobre la libertad de prensa:³ en 1927 J.

1 «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances».

2 MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Grupo Planeta, 2013.

3 LEWIS, A., *Make no law: the Sullivan case and the First Amendment*, Vintage, 1992.

M. Near empezó a publicar el periódico *The Saturday Press* en Minneapolis y a divulgar comentarios en los que se decía que las bandas judías estaban prácticamente gobernando la ciudad y se criticaba al jefe de la policía, al alcalde y a otros personajes públicos, uno de los cuales presentó una demanda contra los editores del periódico al amparo de la Public Nuisance Law, de 1925, también conocida como *Minnesota Gag Law*. En la demanda se decía que las acusaciones formuladas en los nueve números publicados entre el 24 de septiembre de 1927 y el 19 de noviembre de 1927, así como el tono general antisemita del periódico, constituían una violación de esta ley.

El 22 de noviembre de 1927, el juez Matthias Baldwin, del Tribunal de Distrito del Condado de Hennepin, emitió una orden temporal que prohibía a los acusados editar, publicar o distribuir *The Saturday Press* o cualquier otra publicación que incluyera contenidos similares. Esta orden fue concedida sin previo aviso a los demandados y surtiría efecto mientras, como exigía la ley, no demostraran que lo publicado era verdad y, además, se había divulgado con buenas intenciones.⁴

Después de dos apelaciones al Tribunal Supremo del Estado, con el intermedio de una segunda decisión del Tribunal de Distrito, el asunto llegó al Tribunal Supremo Federal, que, con ponencia del juez Hughes, declaró que la Ley de Minnesota representaba la «esencia de la censura» y era inconstitucional: el hecho de que la libertad de prensa pudiera ser aprovechada para cometer abusos no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa, pues se generaría un perjuicio mayor si se permitiera que fueran los empleados públicos los que determinarían qué historias podían publicarse.

Más adelante, en el conocido Asunto *New York Times v. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964, el Tribunal Supremo declaró, a propósito de las informaciones periodísticas, que una ley que obligara, so pena de sanciones económicas ilimitadas, a acreditar la verdad de todas las afirmaciones que afectasen a empleados públicos implicaría poco menos que la autocensura y generaría un evidente efecto de desaliento.

Finalmente, debe mencionarse el importantísimo Asunto *New York Times Co. v. United States*, de 30 de junio de 1971, conocido como el de *los papeles del Pentágono*, en el que se dictó una sentencia *per curiam* sobre la divulgación periodística de documentos relativos a la guerra de Vietnam que el Gobierno había declarado secretos y que fueron filtrados por un antiguo empleado del Pentágono, Daniel Ellsberg. Los documentos empezaron a ser publicados por el *New York Times* y por el *Washington Post* y el 15 de junio de 1971 el Gobierno pidió judicialmente que se prohibiese la divulgación de

4 PRESNO LINERA, M. A., TERUEL LOZANO, G. M., *La libertad de expresión en América y Europa*, Lisboa, Juruá, 2017.

más extractos porque ello supondría un «peligro grave e inminente» contra la seguridad de Estados Unidos.

En los tribunales inferiores se dio la razón al Gobierno en la petición contra el *Times* pero no contra el *Post*. De forma extraordinariamente rápida los casos llegaron al Tribunal Supremo, que también los tramitó con gran diligencia, declarando que todo sistema de censura previa tiene en su contra una fuerte presunción de inconstitucionalidad por lo que el Gobierno debe asumir la carga de probar la necesidad de esa censura. Como tal exigencia no fue cumplida por el Ejecutivo, el Supremo avaló el rechazo de la petición contra el *Post* y revocó la orden contraria al *Times*.

En la sentencia hay una mención expresa al precedente que supuso el Caso *Near v. Minnesota* y los votos concurrentes incluyen afirmaciones rotundas: así, en el que firman los jueces Black y Douglas se dice que proteger los secretos militares y diplomáticos en detrimento de la información sobre el Gobierno representativo no proporciona seguridad real a la República; al contrario, y citando las palabras del presidente del Tribunal Supremo, Hughes, en el Caso *DeJonge v. Oregon*, de 4 de enero de 1937:

[...] cuanto más importante resulta la protección de nuestra comunidad frente al llamamiento a derribar las instituciones por la fuerza y la violencia, resulta más imperativa la necesidad de preservar inviolados los derechos constitucionales a la libre expresión, la libertad de prensa y la libertad de reunión para así permitir la formación de una discusión política libre y ello para que el Gobierno sea responsable ante el pueblo... Ahí residen la seguridad de la República y el fundamento mismo del orden constitucional [...] La razón de ser de la Primera Enmienda fue prohibir la práctica habitual del Gobierno de entonces de suprimir la información que consideraba embarazosa [...] El presente caso pasará a la Historia como la ilustración más dramática de este principio [...] El secreto en relación con el Gobierno es profundamente antidemocrático y un instrumento para la perpetuación de errores burocráticos [...] En relación con las cuestiones públicas, el debate debe producirse sin inhibiciones, robusto y ampliamente abierto, como se afirmó en *New York Times v. Sullivan*.

Por su parte, el juez Brennan recordó que la razón esencial del derecho reconocido en la Primera Enmienda es impedir la censura previa. Por ello, sólo se admitiría dicha censura si el Gobierno demuestra que la publicación de una determinada información puede, de manera inevitable, directa e inmediata, provocar una situación de gravedad análoga a la puesta en peligro de la seguridad de un convoy o barco que se haya hecho a la mar.