

# DÍA DE LA CONSTITUCIÓN

---

## REFLEXIONES SOBRE LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA A LA LUZ DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN CULTURAL

Annaïck Fernández Le Gal

Profesora de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Córdoba

---

### RESUMEN

---

#### PALABRAS CLAVE

Constitución cultural.  
Estado social.  
Cultura.  
Libertad de creación y  
expresión artística.

La Constitución española es sensible al mundo de la cultura, al que otorga gran protagonismo entre los derechos de la ciudadanía. Se exponen los términos y consecuencias de esa toma de postura a partir del análisis de la libertad de expresión artística interpretado como derecho cultural. En especial, se presta atención al debate actual sobre los límites de la actividad creadora cuando entran en juego otros derechos y valores constitucionales.

### ABSTRACT

---

#### KEYWORDS

Cultural constitution.  
Social state.  
Culture.  
Freedom of artistic creation  
and expression.

The Spanish Constitution is sensitive to the world of culture, to which it gives great prominence among the rights of citizenship. The terms and consequences of this stance are exposed, in particular regarding the freedom of the arts. Special attention is paid to the current debate on the limits of creative activity when other constitutional rights and values come into play.

### I. PLANTEAMIENTO

---

Las artes y, en general, la cultura, forman parte del ser humano. Muchas veces se ha dicho, y con razón, que es la preocupación y la sensibilidad artística y, en último término, la cultura, lo que nos hace humanos. No puede extrañar, en consecuencia, que el ordenamiento jurídico no haya permanecido ni pueda permanecer ajeno a esa relevante dimensión de la persona y de la vida en comunidad.

Yo soy jurista, y, más en concreto, cultivadora del Derecho Constitucional. Me propongo, por esa

razón, efectuar una reflexión acerca del lugar de esas realidades en nuestra Carta Magna, del tratamiento que la Constitución dispensa a la dimensión cultural de los seres humanos, y muy especialmente a su faceta artística. Quiero agradecer, naturalmente, a la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba su generosidad hacia mí al distinguirme con el honor de intervenir el pasado mes de diciembre, con motivo del día de la Constitución, y al permitirme dejar testimonio escrito de esa intervención mía, merced a este texto<sup>1</sup>. Deseo, en especial, manifestar mi agradecimiento al Dr. D. José Cosano Moyano, Presidente de esta ya más que centenaria institución. En este caso, a mi consideración por su valía intelectual y su compromiso con la cultura se añade, desde mis años como alumna de bachillerato, una relación de afecto que evoca en mi memoria recuerdos muy preciados.

Cuando hablamos del Derecho, la cultura y el arte, muy probablemente nos venga en un primer momento a la mente la dimensión conflictual de la actividad artística. Una mirada histórica revela de inmediato, en efecto, que el arte y los artistas se han caracterizado desde la noche de los tiempos, en lo que se puede considerar una constante histórica, por su carácter transgresor. Músicos, poetas, dramaturgos y otros artistas han cuestionado en el devenir de los siglos el orden social, económico, político y jurídico establecido. Acaso por ello, la consideración social de los artistas ha sido tradicionalmente baja. En nuestros días, siendo verdad que esto último ha cambiado, no puede decirse que esa dimensión conflictual a la que acabo de referirme se haya esfumado. Pero es igualmente cierto que en ella no se agota la relación entre el Derecho, y su norma suprema, que es la Constitución, y las artes, o el arte, y la cultura.

Nuestra Constitución vigente se caracteriza, además, por su carácter e impronta «social». En su frontispicio, se define al nuestro como un Estado Social y democrático de Derecho que hace suyos los valores de libertad, igualdad y justicia. No se trata de una proclamación retórica. Expresa la sensibilidad del constituyente y del propio texto constitucional hacia un amplio abanico de temas y cuestiones, entre los que figura, como tendremos ocasión de comprobar, la cultura, como forma de riqueza específicamente humana y dimensión vital, y la libertad de creación y manifestación artísticas. Ninguna de estas cuestiones puede quedar en el tintero cuando se trata de escudriñar el lugar de la cultura y el arte dentro de la Constitución.

---

<sup>1</sup> Quiero asimismo dejar constancia de mi agradecimiento al Dr. D. Miguel Ventura, numerario de la Academia y director de este Boletín, por los ánimos que me ha dispensado y la paciencia que hacia mi persona ha tenido para que en plena canícula cordobesa –no sin retraso, a mí imputable– entregue el texto que ahora ve la luz.

Por esa razón, me detendré, en primer lugar, en el tratamiento jurídico constitucional de la cultura (*infra*, II). Comprobaremos que la dimensión cultural de la existencia humana no es ajena a la Constitución. Por el contrario, ésta, sabedora de su importancia, compromete a los poderes públicos en su defensa y protección y proclama el derecho de todas las personas a participar en la vida cultural. Se ha hablado, no en vano, de la «Constitución cultural» y del «Estado de cultura». En esta vertiente, resultan igualmente cruciales los textos de carácter internacional asumidos por nuestro país y que ratifican e impulsan las previsiones constitucionales al respecto.

A continuación, daré cuenta de la protección constitucional de la libertad de creación y difusión de las artes (*infra*, III). Si la creatividad artística es crucial y supone asimismo la libertad de expresar y difundir sus frutos, no puede extrañar que nuestra Carta Magna incluya específicas previsiones respecto a ella, que son reflejo del grado de consideración social que en la actualidad se otorga a creadores y artistas.

Terminaré estas líneas con unas reflexiones acerca de un asunto que, en rigor, tiene que ver con la libertad de creación y expresión artística pero que, a la vista de su elevada incidencia y proyección social y jurídica, ha de contar, a mi juicio, con sede propia. Me refiero a lo que denominé, al comienzo de esta reflexión, la dimensión conflictual del arte (*infra*, IV). Y es que la contemplación de la realidad pone de manifiesto, sin lugar a duda, que el carácter transgresor del arte no ha dejado de generar controversias que de modo no infrecuente terminan ante los tribunales. Hay personas y colectivos que se sienten agraviados u ofendidos en ocasiones por algunas manifestaciones artísticas por distintas razones. A veces el honor, a veces los sentimientos religiosos, otras, ciertas convicciones morales, parecen entrar en tensión o en franca colisión con determinadas manifestaciones de la libertad artística. Se plantean así delicados conflictos que obligan a valorar y ponderar los valores y derechos en situación de tensión o de abierto enfrentamiento. Trataré, en la última parte de este trabajo, de dar cuenta de los principales ámbitos en que se plantea el conflicto, así como de las directrices a tener en cuenta para su resolución en cada caso.

Quiero efectuar desde este mismo momento una advertencia al lector, que es más bien una justificación, o *jay!*, una «excusa». Soy una persona aficionada al arte, apasionada por la cultura, una «diletante», en el buen sentido de la palabra, es decir, quien «se deleita» con el arte. Pero no soy filósofa, «esteta», sino jurista. Mi aproximación al arte y a la cultura es, por eso, la de una jurista, y mis convicciones relativas a ellas se hallan «en permanente construcción y revisión», y son las propias de una persona en

actitud flexible y abierta, atenta a los problemas reales<sup>2</sup>. No quiero caer en los excesos de Marx (Groucho), pero confieso desde ahora que no descarto algún cambio en mis convicciones relativas a las relaciones entre Derecho y arte y cultura.

## II. LA DIMENSIÓN CULTURAL DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO ESPAÑOL COMO ESTADO DE CULTURA

Comienza Häberle su tesis de partida acerca de la Constitución como cultura afirmando que

la Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas<sup>3</sup>.

Sostuvo el Prof. Lucas Verdú, en su última lección académica, que «toda Constitución está inspirada por, se configura y propugna una cultura»<sup>4</sup>. Una Constitución, la Constitución, es un producto cultural en sí misma, una «creación» cultural. Lo es, desde luego, el texto constitucional, y lo es —no puede sino serlo— la realidad constitucional a la que la interpretación, en un proceso dinámico, abierto y plural, continuamente insufla nueva vida. Esta revivificación, esta actualización permanente de la Constitución requiere de la adhesión, del sentimiento constitucional, de la cultura constitucional, que es, me temo, un afecto que no pasa ahora por sus mejores momentos, lo que debilita la fuerza integradora, como función ínsita a la propia noción de Constitución.

El Estado es expresión de una sociedad que se organiza políticamente y, por tanto, es también expresión de la cultura concebida como «el sistema de ideas desde las que el tiempo (nuestro) vive». El Estado español, en su norma de apertura, se «autodefine» *ex Constitutione* como «social y democrático de Derecho», y propugna —«propulsa y defiende»— como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, igualdad, justicia y

<sup>2</sup> Quiero asimismo hacer constar mi agradecimiento al alumnado del Grado de Gestión Cultural de la Universidad de Córdoba, en el que imparto docencia en la asignatura de Fundamentos Jurídicos de la Gestión Cultural desde que fue implantado, y que me ha hecho partícipe de su preocupación por la realidad de la cultura desde una mirada joven, inquieta e imaginativa.

<sup>3</sup> HÄBERLE, P., «La Constitución como cultura», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº, 6, 2002, pp. 177-198, y, en concreto, p. 194.

<sup>4</sup> LUCAS VERDÚ, P., «Última lección académica del Profesor Pablo Lucas Verdú», en *Revista de Derecho Político*, núms. 27-28, 1988, pp. 9-22, y, en lo que ahora interesa, p. 18.

pluralismo político, y la dignidad humana, valor, este último, anterior al propio ordenamiento jurídico. Son los derechos fundamentales, concreción de la dignidad humana y de esos valores previos, los que explican y justifican el poder político que queda constitucionalizado. Por esta razón, no hay Constitución si no hay limitación del poder —presupuesto de la libertad— y garantía de los derechos, que es el contenido esencial de la noción de Constitución que la clarividencia ilustrada plasmara en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

De la cultura de los derechos definitoria del constitucionalismo —pues los derechos fundamentales son bienes culturales, esto es, elementos de la cultura<sup>5</sup>— deriva la noción de «Constitución cultural» lo que convierte a la «cultura» en un «principio» —pasamos, así, de los «valores» a los «principios»— que debe guiar la interpretación de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y la propia actuación de los poderes públicos. La «Constitución cultural» se presenta, así, como concepto distinto del de «Constitución económica»<sup>6</sup>, aunque no carente de toda relación con él. Lo cultural, si se me permite la expresión, termina por presentarse como algo distinto de lo económico, o no necesariamente económico, aunque no desprovisto de cualquier conexión o relación con este plano<sup>7</sup>. Tampoco se

<sup>5</sup> Los derechos fundamentales son bienes culturales en sí mismos. Así lo reconoció la UNESCO en la «Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales» (México, 1982), en la que se sostiene que «la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales inherentes al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias y que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden».

<sup>6</sup> PIZZORUSSO, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984, especialmente pp. 193 a 216, en las que se ocupa de la «Constitución cultural»; V. también PRIETO DE PEDRO, «Cultura, economía y derecho. Tres conceptos implicados», en *Pensar Iberoamérica*, n.º 10, OEI, Madrid, 2006.

<sup>7</sup> El valor o la dimensión «también económica» del arte y la cultura se ha elevado a un primer plano en tiempos recientes, especialmente en países, como el nuestro, que han hecho del «turismo» no solo «de sol» y «playa», sino también histórico, artístico, gastronómico, y, en suma, «cultural» su principal industria y, sin duda, la seña de identidad más destacada en una perspectiva global; no es casual que la revista económica *Cuadernos Económicos de ICE* haya dedicado un número de carácter monográfico a la «Economía de la Cultura» (N.º 98, diciembre de 2019, accesible en el sitio web

confunde con el concepto de «Constitución política», si entendemos por esta ese modelo de Constitución que únicamente se ocupa de la organización del Gobierno y el reconocimiento de los derechos, que posibilitan la democracia como régimen político.

En cualquier caso, esto último debe ser matizado. Es cierto que toda Constitución es «Constitución política», pues es cometido propio de toda Carta Magna el de juridificar, encauzar lo político. Sin embargo, esa noción preliminar, casi «primitiva», ha de ser enriquecida con los contenidos sociales del Estado que, tras un largo proceso histórico, terminaron por desembocar en un modelo de Constitución nuevo y cualitativamente distinto. En él, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales da origen a nuevos contenidos constitucionales, y ocasiona una relación distinta de los derechos con el Estado, toda vez que aquellos dejan de ser solo posiciones subjetivas de defensa frente a éste, frente al poder. Surge así una nueva concepción en cuanto al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo, inspirada en la idea y principio del Estado social de Derecho<sup>8</sup>. Esto representa un *novum* en modo alguno desdeñable, en contraste con las concepciones propias de las Constituciones liberal-burguesas decimonónicas. Sin embargo, cuando hablemos de arte y de creación artística, y de comunicación cultural y artística, nos va a resultar útil separar a la política de la cultura.

Pero de la noción de constitución cultural como «preocupación» hemos de pasar al Derecho constitucional de la cultura como «ocupación». Es decir, hemos de adentrarnos en la forma y relevancia en que nuestra Constitución y los textos internacionales y europeos pertinentes se ocupan del bien esencial que es la cultura<sup>9</sup>. Esa relevancia se pone ya de manifiesto

---

<http://www.revistasice.com/index.php/CICE/issue/view/748>; consultado por última vez el 1 de julio de 2021).

<sup>8</sup> A este respecto, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, «(e) también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo, inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto [...] que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste. [...] De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano» (STC 53/1985, de 11 de abril ECLI:ES:TC:1985:53).

<sup>9</sup> Pues la dimensión cultural no se limita solo a los derechos propiamente nominados como derechos culturales, sino que se proyecta sobre el resto de los derechos; pense-

en el preámbulo constitucional, en el que el constituyente proclama la voluntad de la nación española de «proteger» la diversidad cultural (expresamente habla de «culturas» y de «pueblos») y de «promover» el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida<sup>10</sup>.

Desde ese valor y esencia de la constitución, la noción, digamos «formal», de la «Constitución cultural», es decir, las referencias a la cultura o sus manifestaciones en el texto constitucional deben interpretarse bajo los principios de unidad y concordancia constitucional. Y en la búsqueda de esa armonía pienso que hemos de interpretar los derechos culturales —particularmente la libertad de creación y expresión artística, el derecho de acceso a la cultura y el derecho a participar en la vida cultural— como un todo, más allá de que las técnicas de positivización constitucionales sean diferentes. Por otra parte, la interpretación de los derechos culturales debe realizarse de forma abierta y receptiva al Derecho internacional de los derechos humanos, conforme al mandato interpretativo del art. 10.2 CE. Esta interpretación abierta pone de manifiesto la relevancia de la cultura en el contexto internacional de los derechos humanos, de cuyo progreso depende la paz de los pueblos<sup>11</sup>. De ellos emerge un concepto de cultura que integra e incluye el respeto de todos los derechos humanos, como categoría indivisible de los derechos humanos, ya sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales<sup>12</sup>.

Entre los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 CE) hemos de hacer especial referencia al Pacto Internacional de Derechos sociales, económico y culturales (PIDSC),

---

mos, particularmente, en la libertad religiosa, en la libertad de enseñanza y en el derecho a la educación, o en el derecho al medio ambiente.

<sup>10</sup> V. PRIETO DE PEDRO, J.J., *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

<sup>11</sup> Todo interesado en la cultura debe estar atento a la labor realizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). No puedo dejar de destacar ahora la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de la Expresión Cultural de 20 de octubre de 2005; es recomendable consultar toda la información disponible en el sitio web <http://www.unesco.org/new/es/culture/> (consultado por última vez el día 5 de julio de 2021). Aunque no estemos hablando propiamente de un texto jurídico, tampoco puedo omitir la referencia a la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales, de 7 de mayo de 2007.

<sup>12</sup> En el ámbito del Consejo de Europa, resulta, a mi juicio, obligada la referencia a la Carta Social Europea (Revisada) de 1996, que subraya la necesidad de preservar el carácter indivisible de los derechos humanos, de reciente ratificación por nuestro país (el 17 de mayo de 2021: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2021/170521-carta-social.aspx>; consultado por última vez el 12 de julio de 2021).

hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966<sup>13</sup>, que garantiza en su art. 15 ap.1 a) el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, y en la letra c) el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)<sup>14</sup>, así como la indispensable libertad de la actividad creadora (ap. 4).

Participar en la vida cultural supone tomar parte en una relevante dimensión de la vida colectiva, desarrollando nuestra —de cada uno/a— personalidad en su veste creativa, ya sea como individuos, ya integrados en comunidades o grupos de referencia. No olvidemos que se trata de derechos en los que con la palabra «persona», según el Comité de derechos sociales, económicos y culturales de Naciones Unidas, podemos aludir tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo de forma que los derechos culturales se pueden ejercer individualmente, en asociación con otras personas o dentro de una comunidad o grupo<sup>15</sup>. Tomamos parte en la vida cultural, participando, accediendo y contribuyendo. Participamos en la vida cultural desarrollando y compartiendo nuestra creatividad y disfrutando de la de otros.

El artículo 9.2 CE, uno de los más queridos para los que albergamos la confianza en la fuerza transformadora de la Constitución, vincula la idea de participación con el mandato y objetivo de consecución de la igualdad real, y enlaza de modo claro con el valor del pluralismo social, que tantas manifestaciones tiene en nuestro texto constitucional.

En aras del progreso, de la sociedad democrática avanzada que anhela el preámbulo constitucional, conecta con las normas «principales» del capítulo III del Título I, entre las que aparece el derecho a la cultura, garantizado en el art. 44 y también en el art. 46. El primero reconoce el derecho

<sup>13</sup> Ratificado por nuestro país el 13 de abril de 1977, y publicado en el B.O.E. de 30 de abril de ese año.

<sup>14</sup> De necesaria lectura, a mi juicio, es la Obligación general n.º 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (apartado a del pfo. 1 del art. 15 PIDSC), elaborada, como las restantes, por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su 43ª período de sesiones, Ginebra, 2 a 20 de noviembre de 2009. Sobre el apartado c del pfo 1 del art. 15, relativo al derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias de que sea autor(a), debe consultarse la Observación n.º 17, 35º período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005, ambas disponibles en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (consultado por última vez el 5 de julio de 2021).

<sup>15</sup> Sobre manifestaciones colectivas de la libertad de expresión artística, no puedo dejar de referirme a la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.



de acceso a la cultura, en tanto el segundo impone la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico, y a ellos ha de añadirse otros preceptos constitucionales que los refuerzan, siempre al servicio de la idea motriz de la cultura y la participación en la vida constitucional, como bienes constitucionalmente valiosos, por parte de distintos colectivos respecto a los que se despliegan políticas tuitivas, como son los jóvenes, la tercera edad o las personas con algún tipo de discapacidad, sin olvidar a los internos en centros penitenciarios, a los que en sede de derechos fundamentales se refiere el art. 25 CE.

No deberíamos tener que insistir en que toda persona tiene derecho de acceso a la cultura y que la ley debe remover los obstáculos que pudieran dificultarlo. Es un contenido mínimo del derecho humano a la cultura, muy presente en los textos internacionales, que debe ser en todo caso garantizado, como obligación positiva básica por parte del Estado. Va de suyo que al hablar de Estado aquí comprendemos los distintos niveles de gobierno, ya que, como no podía ser de otra forma, todos tienen competencias concurrentes en la materia de la cultura<sup>16</sup>. A la postre, es lo que nos permite hablar de «Estado de cultura»<sup>17</sup>. Quede claro, en fin, que cuando adoptamos esa definición, no queremos acercarnos a la cultura oficial o a la utilización por el régimen político de la cultura. Muy al contrario, entendemos, en expresión del profesor Lucas Verdú, el «Estado de cultura»

<sup>16</sup> Para un primer acercamiento al contenido del art. 149.2 CE, v. preámbulo de la ya citada Ley de salvaguarda del Patrimonio cultural inmaterial; es asimismo de interés la STC 177/2016, de 20 de octubre (ECLI:ES:TC:2016:177) que declaró inconstitucional la prohibición por Ley de las corridas de toros en Cataluña. En España sólo una Comunidad Autónoma, la Navarra, ha aprobado una ley de derechos culturales, la Ley Foral 1/2019, de 15 de enero, de derechos culturales de Navarra (BOE de 6 de febrero de 2019). En Andalucía sabemos que bajo el impulso de GECA (Asociación de Gestores Culturales de Andalucía) se trabaja en una ley de derechos culturales andaluza, para cuya tramitación se está siguiendo la singular vía de la iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos, en concreto a partir de la implicación de estos últimos. Más allá de lo sugerente, en un ámbito como el de la cultura, de una ley impulsada desde la ciudadanía, artistas, gestores culturales, etc. la vía es sumamente compleja, además de que resulta difícil articular una ley con este objeto, a tenor de los títulos competenciales que se entrecruzan en el asunto. Por supuesto, que Andalucía cuenta con amplias competencias en la materia (v. art. 36, aps. 17 y 18, del Estatuto de Autonomía, con especial referencia a la puesta en valor del flamenco, entre los principios rectores, y el art. 38, relativo a las competencias en materia de cultura y patrimonio; aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, BOE núm. 68, de 20/03/2007).

<sup>17</sup> No obstante, *cf.*, con perspectiva «heberliana» pero crítico con la noción de «Estado de Cultura, de forma que, a partir del valor de pluralismo, estima preferible hablar de «democracia cultural», MOURA LOUREIRO DE MIRANDA, J.M., «Notas sobre Cultura, Constitución y derechos culturales», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, 2010, pp. 47-66.

como un Estado que «se inspira, se fundamenta y opera conforme a valores» pues no solo ha de ser respetuoso de la libertad cultural, como derecho subjetivo, sino comprometido, en el terreno de los fines, por la procura del acceso a la cultura como un derecho de todos.

### III. LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO CULTURAL

Entre los derechos culturales destaca singularmente la libertad de creación y expresión artística<sup>18</sup>. Si las artes no fueran libres, la consecuencia inmediata sería no solo un menoscabo inadmisibles de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los creadores y artistas, sino un empobrecimiento de la cultura, lo que impediría, o, al menos, dificultaría considerablemente, además, el derecho de toda persona al acceso a la cultura y a la participación en la vida cultural. Esta interacción entre la libertad de la creación y expresión cultural y el derecho a la cultura, entre la individualidad y la alteridad, no podemos perderla de vista a la hora de acercarnos al derecho fundamental que nos ocupa.

La Constitución española reconoce la libertad de expresión artística en su art. 20 de manera específica<sup>19</sup>, junto a la libertad de opinión, el derecho

<sup>18</sup> Resulta de extraordinario interés, para conocer la situación de esta libertad en la actualidad, la página web <https://libertadarteycultura-censuraycensuras.com/videos/> (consultada por última vez el día 16 de julio de 2021). Todo el Congreso resulta del máximo interés, pero destacaré las contribuciones que desde la perspectiva jurídico constitucional realizan los profesores Prieto de Castro, director asimismo del encuentro, y la profesora Díez Bueso sobre la libertad de creación artística como derecho fundamental con entidad propia. Además, hemos de recomendar la lectura de los estudios: URÍAS MARTÍNEZ, J., «Artículo 20.1. b): La libertad de creación», en AA. VV. (coords. PÉREZ MANZANO, M. y BORRAJO INIESTA, I.; dirs. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M./CASAS BAAMONDE, M.E.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo 1, 2018, pp. 617-625; VÁZQUEZ ALONSO, V.J., «La libertad de expresión artística: una primera aproximación», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, n.º 2, 2014, pp. 73-92.

<sup>19</sup> En el Convenio Europeo de Derechos Humanos no hay referencia expresa a la libertad de expresión artística, pero el TEDH ha afirmado, en más de una ocasión, que el art. 10 la engloba. La última sentencia de la que tenemos constancia sobre el particular es la que ha condenado a Turquía (Sentencia de 2 de febrero de 2021, asunto *Dickinson contra Turquía*), haciendo referencia e incorporando en su fundamentación jurídica a la doctrina sentada en la Sentencia recaída en el caso *Müller –STEDH* de 24 de mayo de 1988–, en la que podemos leer (ap. 43) que, a juicio del Tribunal, «l'article 10 de la Convention englobe la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées – qui permet de participer à l'échange public d'informations et d'idées culturelles, politiques et sociales de toutes sortes [...]», si bien «l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10», pues «(q)uiconque

a la información veraz y la libertad de cátedra, manifestaciones, todas ellas, de la libertad de expresión en sentido amplio. Por tanto, la libertad de expresión opera como matriz de distintos derechos que, de diferentes maneras o en diversos contextos, sirven a la comunicación humana.

Es sabido que estos derechos están cualificados por una importante dimensión institucional, dada su significación política especialmente fuerte o trascendente en una democracia. De ahí que en numerosas ocasiones la justicia constitucional haya advertido que las libertades del art. 20 no son solo derechos fundamentales de la persona, sino que significan, además, el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático (entre otras muchas, STC 79/2014, de 28 de mayo; ECLI:ES:TC: 2014:79).

Sin lugar a duda, el flujo e intercambio de ideas incluye también las culturales, como el propio TEDH ha afirmado (así, recientemente, en la Sentencia condenatoria de Turquía, a que me acabo de referir<sup>20</sup>). A través del arte tiene lugar una comunicación cultural en el marco de una sociedad abierta<sup>21</sup>, que resulta esencial para el progreso humano. Es de esta dimensión objetiva y axiológica de la que deriva la particular relación del Estado con la cultura, y las artes, en particular.

En su consideración de derecho subjetivo, existe un debate doctrinal abierto sobre la autonomía y diferenciación de la libertad artística respecto a la libertad de expresión, que solo parece vislumbrarse en la jurisprudencia. Más bien, tiende a considerarse la libertad de expresión artística como una manifestación más de la libertad de expresión, sin mayores consecuencias. No puede extrañarnos esta discusión, que también se ha producido a la hora de diferenciar hechos/informaciones y opiniones/juicios de valor. La importancia de esta perspectiva de análisis radica, sobre todo, en la intensidad de protección conferida al derecho, en cuanto a su consideración como libertad preferente que la reviste de una posición reforzada cuando el derecho a la información, principalmente el ejercido cualificadamente desde los medios de comunicación, por periodistas, entra en tensión con otros derechos, bienes o valores constitucionales protegidos.

---

*se prévaut de sa liberté d'expression assume en effet, selon les propres termes de ce paragraphe, des "devoirs et responsabilités", dont l'étendue dépend de la situation et du procédé utilisé ; la Cour ne saurait perdre cela de vue lorsqu'elle contrôle la nécessité de la sanction incriminée dans une société démocratique [...]».*

<sup>20</sup> *Supra*, NOTA anterior.

<sup>21</sup> Sobre el concepto abierto del arte, v. HÄBERLE, *op. cit.*, p. 190.

A mí me gusta ver la libertad de las artes como una manifestación cualificada de la libertad de expresión, y particularmente de la libertad de expresión libre de pensamientos e ideas —opinión— garantizada en el apartado primero, letra a), del art. 20, y estrechamente vinculada, sobre todo en el momento creativo, a la libertad de pensamiento<sup>22</sup> (art. 16 CE)<sup>23</sup>, y yo diría, también, que a la integridad moral (art. 15 CE). Esa conexión inmediata con la dignidad, que hace incluso que la obra nos hable directamente del artista —de sus anhelos, de sus frustraciones o de sus recuerdos— pienso que dota de una «fundamentalidad cualificada», si se me permite la expresión, a la libertad de creación artística, que no carece de relevantes implicaciones jurídicas.

El proceso creador y la difusión de la creación artística se protegen al más alto nivel y gozan de garantías específicas, como la prohibición de censura previa<sup>24</sup>, o la reserva al juez del secuestro de la obra<sup>25</sup>, además de

<sup>22</sup> Recordemos el secuestro del libro periodístico de Nacho Cordero sobre el narcotráfico en Galicia en los años 80 y 90; tal fue la medida cautelar solicitada y concedida por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 7 de Collado Villalba de 14 de febrero de 2018.

<sup>23</sup> La Constitución alemana en su artículo 5 no solo garantiza la libertad de expresión y el derecho a la información, concretando sus posibles límites, sino que en su apartado 3 añade que «(s)erán libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza», derecho, por cierto, cuyos límites solo pueden derivar de la propia Constitución. La Constitución de Weimar de 1919, en el período de entreguerras que tanto fruto dio a la cultura, reconoció la libertad de las artes y encomendó al Estado el deber de su cuidado.

<sup>24</sup> La característica esencial de la censura previa, prohibida en el artículo 20.2 CE, es que se trata de un control previo o ex ante de los contenidos de que se trate. En tal sentido, «el fin último que alienta la prohibición de toda restricción previa de la libertad de expresión en su acepción más amplia no es sino prevenir que el poder público pierda su debida neutralidad respecto del proceso de comunicación pública libre garantizado constitucionalmente» (STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 4; ECLI: ES:TC:2017:86). En el terreno de la libertad de expresión artística, esta prohibición de controles preventivos es una exigencia de un «Estado de cultura» en el sentido expuesto, definido por su neutralidad cultural y, por tanto, contrario a la noción de una cultura «oficial».

<sup>25</sup> La Constitución exige, para restringir o limitar algunos derechos fundamentales, la intervención judicial (reserva de jurisdicción: sólo el juez, de forma motivada, puede limitarlo), mientras que en otros supuestos puede decidir la Administración (también de forma motivada), aunque luego dicha decisión (como no podría ser de otra forma en el Estado de Derecho) pueda ser controlada judicialmente (las decisiones de la Administración se controlan en el orden contencioso administrativo). Cada vez más leyes (estatales y, sobre todo, autonómicas) atribuyen a órganos administrativos el poder de controlar el ejercicio de la libertad de expresión y sancionar las manifestaciones constitutivas de infracción, por razón de su contenido (se trata de normas en el ámbito administrativo, no en el penal ni en el civil). Especialmente, la crítica de algunos autores se dirige a cuestionar que no sea el juez el que adopte las medidas que limiten este derecho. También se pone en cuestión el carácter excesivamente indeterminado del que muchas veces estas normas adolecen.

las garantías comunes a los derechos fundamentales especialmente protegidos. Estas garantías no pueden ser suspendidas ni si quiera bajo los estados excepcionales<sup>26</sup>.

Sucede, además, que la libertad artística puede ser «militante», al servicio de un discurso político o de un ideal social o humano o religioso, o puede dar soporte a un discurso comercial<sup>27</sup>, o, simplemente, dirigirse a provocar una emoción estética. En este sentido no creo que quepa genera-

<sup>26</sup> Incluso, en su escrito de conclusiones relativo al asunto C-240/18 P (Constantin Film Produktion GmbH contra Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea [EUIPO], caso *Fack ju Göhte*), de 2 de julio de 2019, subrayó el Abogado General BOBEK —a propósito de las posibles limitaciones de la libertad de expresión en el ámbito del Derecho de marcas— que ni siquiera el hecho de que se trate de una actividad mercantil es suficiente para limitar o excluir la protección de los derechos fundamentales (ap. 49). Sin perjuicio, claro, de que la intensidad de la protección venga modulada o «debilitada» en contraste con lo que sucede en otros ámbitos.

<sup>27</sup> Dos casos relativamente recientes y que suscitaron cierta controversia son los del «Cabaret The Hole» y *Mongolia*; en el primero, fue calificada como sexista la publicidad, con uso de recursos artísticos, del citado espectáculo «cabaretístico», cuyos carteles llegaron a ser retirados por su carácter presuntamente sexista (v. <https://www.laverdad.es/murcia/cartagena/201501/17/ordenan-retirada-anuncios-hole-20150117001656-v.html>; consultado por última vez el día 5 de julio de 2021), aunque también se llegó a considerar, sin más, «indecente» (v. <https://www.forumlibertas.com/hemeroteca/la-publicidad-indecete-el-caso-de-the-hole-en-barcelona/>; consultado por última vez el día 5 de julio de 2021); en el asunto *Mongolia*, se produjo la condena (en vía civil) de la editorial de la revista *Mongolia* por haber utilizado la imagen de un conocido matador de toros, caricaturizada, en el cartel —también confeccionado con recursos artísticos— que promocionaba un espectáculo musical (v. [https://cadenaser.com/ser/2020/12/22/tribunales/1608651612\\_553653.html](https://cadenaser.com/ser/2020/12/22/tribunales/1608651612_553653.html); consultado por última vez el día 5 de julio de 2021; me refiero a la STS [Sala 1ª] 682/2020, de 15 de diciembre; ECLI:ES:TS:2020:4217). No podemos en este trabajo ocuparnos de la intensa relación entre arte y publicidad, al que hay quien se refiere como «arte comercial», o sea, arte con fines comerciales, método que fue propiciado a principios del pasado siglo por la introducción de las técnicas de litografía. El primero en hacerlo fue Jules Chéret, del que se dice que está en el origen de la «publicidad sexy» (¿sería hoy sexista?) para vender todo tipo de productos (aceites, jabones, perfumes...) que atraían la atención de forma colorista y atractiva. En la localidad de Albi, al sur de Francia, está el museo de Toulouse Lautrec, uno de mis pintores favoritos, que era capaz de dibujar el gesto íntimo de una prostituta subiéndose las medias, con una humanidad desprovista de toda connotación sexista. Décadas más tarde, en otro contexto (años 50-60), es la publicidad —como la sociedad de consumo—, realidad popular, la que entra en el arte: es el movimiento artístico del *pop art*; el objeto del arte era la realidad y la realidad era la publicidad v. *She, de R. Hamilton (MOMA)*. Digna de mención es asimismo la obra de Allen Jones. Merece la pena leer sobre el revuelo que su obra, particularmente la de produjo. Como recurso estético, está presente en la película *La Naranja Mecánica*, de S. Kubric, e igualmente ha sido utilizada con fines publicitarios. Entre publicidad, mercado y arte, por último, nombraré al artista contemporáneo Jeff Koons.

lizar, ya que el compromiso de los artistas con la realidad social o con algún tipo de ideal no se presupone en cualquier caso. Menos aún, claro, la bondad o bonhomía de los creadores. En el arte participan tanto buenas como malas personas, lo que las más de las veces debería resultar intrascendente. Otra cosa es, como veremos, cuando el artista se vale de su arte para incitar a la violencia.

La proclamación formal de las libertades de creación y expresión artísticas plantea, con carácter preliminar, la cuestión relativa al concepto mismo de arte. Se trata de una cuestión antigua y a la que no se ha encontrado una respuesta indiscutida. Es un asunto que ha ocupado a los filósofos, en el ámbito de la estética, entendida como la rama de la Filosofía que reflexiona sobre el arte. Creo, sin embargo, que a efectos del reconocimiento de las libertades que ahora me ocupan, su importancia es relativa. Hemos de partir, pienso, de un concepto *prima facie* formal de arte. Lo contrario obligaría a distinguir entre arte «bueno y malo» y, en último término, a distinguir entre lo que «es arte» y «lo que no».

De este modo, el concepto de arte relevante a nuestros efectos se apoya en la utilización de recursos plásticos, lingüísticos o sonoros, propios de las manifestaciones artísticas, es decir, no ha lugar a distinciones entre lo que sí es valioso y se puede considerar manifestación artística y lo que no, al menos no desde el punto de vista subjetivo del intérprete<sup>28</sup>. Sin embargo, esto no significa que la singular trayectoria de un artista deba ser preterida a la hora de enjuiciar supuestos de conflicto. Y tampoco significa, por supuesto, que, a la hora de concretar la protección positiva por parte de los poderes públicos de las manifestaciones artísticas, todas las obras y manifestaciones artísticas deban recibir igual acogida y apoyo. La vocación artística es innata al ser humano y debe ser cultivada y potenciada en todo caso, pero en algunos, los «artistas», el genio y el talento se desarrollan de manera excepcional, hasta el punto de que sus propias creaciones los trascienden y consiguen captar nuestra atención, conmoviéndonos o perturbándonos, y, en cualquier caso, «tocándonos» por dentro, «impactándonos»<sup>29</sup>.

Por consiguiente, el arte puede manifestarse a través de una pintura, una obra de teatro, una escultura, una película, la fotografía, la música, la

<sup>28</sup> No puedo obviar en este momento la referencia a la obra de SONTAG, S., *Contra la interpretación* y otros ensayos, trabajados en la edición de Penguin Random House, Barcelona 2007.

<sup>29</sup> Creo que un trabajo imprescindible para acercarnos, a través de los más grandes artistas contemporáneos, a la pregunta de «qué es ser un artista» es THORNTON, S., *33 artistas en 3 actos*, EDHASA, Barcelona, 2015.

danza<sup>30</sup>, además, naturalmente, de mediante obras literarias, como novelas o poesías<sup>31</sup> —no en vano, la producción literaria está específicamente referida en nuestra CE— pero también puede subyacer a la fotografía, la gastronomía, etc.<sup>32</sup> A los artistas les es dado valerse de determinados recursos y licencias (pensemos en la sátira o la caricatura), que han de interpretarse precisamente desde el carácter artístico de la obra, en su caso. Particularmente, pensemos en la *performance*, definida como una muestra escénica, en la que la provocación o el asombro juegan un papel principal, así como el sentido estético<sup>33</sup> que acompaña en muchas ocasiones a expresiones de crítica política.

Sí creo, en cambio, que es importante distinguir entre el momento creativo, íntimo, y el de la difusión o manifestación o proyección externa de la creación artística, ambos protegidos por este derecho fundamental. El primero se refiere al proceso creador en sí mismo, e incluye la obra, que es su fruto, lo que resulta protegido por un haz de facultades dimanantes de

<sup>30</sup> Recientemente (STS, Sala 1ª, 82/2021, de 16 de febrero; ECLI:ES:TS:2021:497) el TS ha comparado la faena de un torero con una coreografía, ambas expresiones artísticas, si bien la primera no puede constituir o generar por sí derechos de propiedad intelectual.

<sup>31</sup> La Constitución española se refiere expresamente en su art. 20 a la creación y producción literarias, lo que acaso se explique por su relevancia en la tradición cultural española además de por su alusión expresa en textos internacionales.

<sup>32</sup> A los efectos del Reglamento de *Europa creativa*, el sector cultural y creativo incluye todos los sectores cuyas actividades, muchas de las cuales tienen un potencial para generar innovación y empleo, en particular a partir de la propiedad intelectual, estén basadas en valores culturales y artísticos y en otras expresiones creativas individuales o colectivas, e incluyen el desarrollo, la creación, la producción, la difusión y la conservación de los bienes y servicios que encarnan expresiones culturales, artísticas u otras expresiones creativas, así como otras tareas afines, como la educación o la gestión; independientemente de la orientación al mercado, o no, de dichas actividades, el tipo de estructura que lleve a cabo dichas actividades, y de cómo se financie dicha estructura, que incluyen, entre otras cosas, la arquitectura, los archivos, las bibliotecas y los museos, la artesanía artística, los productos audiovisuales (incluidos el cine, la televisión, los videojuegos y los productos multimedia), el patrimonio cultural material e inmaterial, el diseño (incluido el diseño de moda), los festivales, la música, la literatura, las artes escénicas (incluidos el teatro y la danza), los libros y la edición, la radio y las artes visuales.

<sup>33</sup> Así, TEDH (Sección 2ª), caso M. contra The Republic of Moldova, Sentencia de 15 enero 2019. En M.A. y otros contra Rusia (núm. 38004/12, 17 de julio de 2018 (PROV 2018, 204679) el Tribunal examinó las acciones de la banda *punk Pussy Riot* (que trató de interpretar una canción desde el altar del Cristo de Moscú de la Catedral del Salvador, contra Vladimir Putin y en respuesta a un proceso político en marcha). Consideró que sus acciones, descritas por ellos como una *performance*, constituían una mezcla de conducta y expresión verbal que suponía una forma de expresión artística y política, y que, como tal, debía ser protegida.

la libertad artística<sup>34</sup>. El segundo abarca la «proyección externa derivada de la voluntad del autor, quien crea para comunicarse», esto es, para compartir (STC 153/1985 FJ 5). La razón es sencilla. Una obra de arte, al ser mirada, leída o disfrutada, se recrea, pues una misma pieza es percibida de manera diferente por los distintos espectadores, e incluso lo es —o puede serlo— por un mismo espectador en diversos momentos de su vida. De hecho, una de las cosas más maravillosas que tiene el arte, cada obra de arte, es que tiene muchas vidas, tantas como miradas, y que estas pueden cambiar una y otra vez<sup>35</sup>. Por supuesto, la preocupación por el público no es algo que se pueda afirmar sin más de todo artista. Es verdad que cabe imaginar casos de creadores cuya obra no obedece a ninguna inquietud comunicativa, sino a la necesidad íntima de expresar sentimientos o emociones. Pero incluso en estos casos la exteriorización de la obra hace que sea «revivida» por quienes la perciben, pues en este proceso la motivación del creador pasa a un segundo plano.

La distinción entre momento creativo y momento comunicativo es importante en el terreno práctico, más allá de la disquisición doctrinal, en primer lugar, porque la intensidad de la protección en caso de colisión con otros derechos o bienes es más intensa si consideramos la actividad creadora. En segundo lugar, porque, mientras que la libertad de creación artística es patrimonio de los artistas y, más en general, de los creadores, la segunda protege a muchos otros sujetos —productores, editores, publicistas, etc.— que operan como intermediarios en el proceso de comunicación artística. También es cierto que difícilmente podremos diferenciar ambos planos en algunos casos como puede ser en el arte improvisado o en la misma interpretación musical.

Que el arte sea libre, como proclama la Ley Fundamental de Bonn alemana (Art. 5.3), o la libertad de las artes (con palabras del art. 13 CEDH), supone el reconocimiento de un ámbito de libertad que impide cualquier injerencia o dirigismo del arte. Lo anterior conlleva la neutralidad del poder público, la no identificación con determinadas corrientes artísticas o con determinados creadores. Esto, sobre todo, puede traer con-

<sup>34</sup> Parte esencial de esta dimensión de la libertad artística es el derecho moral de autor, personalísimo e irrenunciable, y que, a mi juicio, es corolario de la libertad de creación artística. Constituye un verdadero derecho humano, como resulta del art. 15, c) del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, que proclama el derecho de toda persona a «beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».

<sup>35</sup> Resulta, en mi opinión, deliciosa la lectura del «premio Espasa 2020», DEL AMOR, C., *Emocionarte. La doble vida de los cuadros*, Editorial Planeta, 2020.



sigo problemas en la actualidad, particularmente en relación con el papel facilitador y promovedor del arte. En este terreno se impone el límite —o directriz vinculante— en cualquier caso, de la no discriminación y arbitrariedad en la concesión de ayudas y recursos públicos. Por otra parte, esto especialmente va a significar la necesidad de promover la remoción de obstáculos, lo que puede implicar medidas de «acción positiva» que han de considerarse plenamente legítimas cuando van orientadas a colectivos específicos que por sus circunstancias pudieran hallarse postergados en su disfrute. Este asunto, como podemos imaginar, se ha planteado singularmente en relación con la igualdad de género.

El ordenamiento tiene que garantizar el derecho que el artista tiene a estar «tranquilo» y eso no ocurre o puede no ocurrir por muchas razones. Se le debe permitir retirarse a su «estudio», salirse del mundo, precisamente para recrearlo. No siempre ocurre porque es difícil que la vocación pueda convertirse en profesión y el artista pueda vivir de su actividad creadora. Esto nos lleva al asunto del llamado «estatuto del artista»<sup>36</sup>. Pero, además, ese derecho a la tranquilidad, más allá de requerir esa base material para su desenvolvimiento, supone la seguridad jurídica, que —aunque no figure entre las principales preocupaciones del artista—, en caso de tenerla, pasa a ser una de las mayores fuentes de la coartación de su potencialidad creativa, que no infrecuentemente reviste la forma de «autocensura». Esta es la principal manifestación del llamado «efecto desaliento», consistente en una «autocensura heteroinducida» por un marco normativo y un contexto judicial o administrativo «poco claro o abiertamente represivo». El Estado debe promover el arte, y para ello debe garantizar que la actividad creadora pueda ejercerse por toda persona en libertad, así como facilitar las vías para que la ciudadanía pueda participar y disfrutar de ese arte.

#### IV. EL DEBATE SOBRE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

Ya he advertido que la libertad de creación y expresión artística, como las restantes libertades, no carece de límites. El problema de sus confines se ha planteado históricamente de un modo muy acuciante por razón, preci-

<sup>36</sup> Recientemente fue aprobado el informe sobre el Estatuto del Artista por la Subcomisión del Congreso de los Diputados con fecha 7 de junio de 2018, y ratificada por unanimidad la propuesta por el Pleno del Congreso con fecha 6 de septiembre de 2018. Entre las medidas ya adoptadas, figuran las contenidas en el Real Decreto Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía; y, en plena crisis de coronavirus, debe ser consignado el Real Decreto Ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural.

samente, del carácter transgresor que, de manera más o menos explícita, según las circunstancias de cada momento, ha sido seña distintiva desde siempre del arte y de los artistas. Nada nuevo, pues.

Sin embargo, en los últimos años asistimos a un mayor grado de conflictividad en torno al ejercicio de este derecho, al menos si lo comparamos con lo sucedido en momentos precedentes. No me refiero a la etapa anterior, franquista, en la que, como en todo régimen autoritario, se limitó la libertad de expresión en general y, no podía ser de otra forma, también la artística, se censuró desde el poder político a muchos creadores, o simplemente se instrumentalizó el arte a mayor gloria del caudillo y del nacionalcatolicismo<sup>37</sup>. Lo que advierto es que ahora, en contraste con la situación apreciable en las primeras décadas de andadura constitucional, la litigiosidad en torno a la libertad artística ha ido en aumento. Y no parece que esta tendencia se vaya a detener o invertir por el momento. Una ojeada a los medios de comunicación de nuestro país en los últimos años confirma esta impresión.

No me refiero ahora a la contestación social frente a determinados estilos, ni al rechazo hacia determinadas obras artísticas, bien por el mensaje, bien por la forma en que se presentan, sino a la no aceptación o abierto rechazo del hecho artístico, e incluso la no aceptación del artista. Es como si ahora que la cultura de los derechos nos debiera haber hecho más tolerantes y abiertos de mente, no nos bastara con revolvemos frente a la obra, sino que considerásemos que no caben, que no deben ni pueden ser admitidos, tales tipos de manifestaciones artísticas; o, dicho de otra forma, que tales obras no pueden ser representadas, expuestas, compartidas con el público, que «no es tolerable» que lo sean. En definitiva, asistimos a una tendencia por cuya virtud parece imponerse la convicción de que determinadas «verdades» no pueden ser mostradas o expuestas públicamente. No se trata de actitudes episódicas o aisladas, sino ampliamente extendidas y que, en ocasiones, cuentan con el auxilio —o el eco— de las llamadas «redes sociales» o de determinados medios de comunicación.

Lo anterior obliga, naturalmente, a plantear la cuestión de si en determinadas circunstancias, en una sociedad democrática, que se pretende avanzada, puede ser necesario limitar el arte y de qué forma cabe hacerlo. Que el Estado vaya más allá de lo razonable, de una manera desproporcionada, puede acarrear el conocido como «efecto desaliento» no solo respecto al creador, lo que ya de por sí es rechazable, sino sobre los potenciales creadores, y, en definitiva, pienso, sobre el propio derecho a la cultura.

<sup>37</sup> V. JIMÉNEZ, P., «Historia y civilización. Apuntes sobre la censura durante el franquismo», en Boletín AEPE, N.º 17, octubre de 1977, pp. 3 y ss., *passim*.

Este efecto, que debe ser evitado en cualquier caso o reducido hasta la medida de lo estrictamente necesario, puede derivar tanto de un exceso de punitivismo del legislador, como de la autoridad judicial o administrativa, cuando, al aplicar la norma, no pondera adecuadamente todos los factores concurrentes en las circunstancias concretas del caso, lo que resulta vital en estos supuestos al objeto de delimitar correctamente los casos de ejercicio legítimo de la libertad de expresión y distinguirlos de aquellos otros en los que la libertad artística no encuentra amparo constitucional, y siempre, naturalmente, sin perder de vista la fuerza expansiva de los derechos, en cuanto principio hermenéutico que debe vincular al intérprete y aplicador de la norma.

Es claro que no podemos resolver la discusión apelando a una libérrima libertad de los artistas, de modo que la utilización de recursos artísticos sirva como justificación para la comunicación de cualquier mensaje. Esto, sin más, sin matices, no es de recibo. En el caso que nos ocupa, el apartado 4 del artículo 20 dispone que los derechos que contempla encuentran sus límites «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». El Convenio de Roma, por su parte, en su artículo 10 contempla los bienes jurídicos que justifican posibles limitaciones a la libertad de expresión. Así, se refiere, en concreto, a la moralidad pública, a los derechos de los demás, a la seguridad nacional, la prevención del crimen y a la imparcialidad e independencia de la autoridad judicial<sup>38</sup>.

Efectivamente, la libertad de expresión artística podría entrar en colisión con derechos fundamentales de las personas, como el honor, la intimidad o la propia imagen. Sin embargo, dada la naturaleza misma del arte, que recrea un mundo interior que no se identifica de forma necesaria con la realidad, o para el que la realidad exterior es utilizada como mero pretexto, es decir, como punto de partida para algo que la trasciende y que normalmente opera y nos traslada al plano de la ficción y lo simbólico<sup>39</sup>,

<sup>38</sup> V. LAZKANO BROTONS, I., 2015, «Artículo 10. Libertad de expresión», págs. 510-623, en AA. VV. (dir. LASAGABASTER HERRARTE, I.), *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, Civitas, 3ª edición, Pamplona; BUSTOS GISBERT, R., «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», págs. 473-509, en AA. VV. (dirs. SANTOLAYA MACHETTI, P./GARCÍA ROCA, F.J.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

<sup>39</sup> Decía ORTEGA Y GASSET (*La deshumanización del arte*), que «(d)e pintar las cosas se ha pasado a pintar las ideas: el artista se ha cegado para el mundo exterior y ha vuelto a la pupila hacia los paisajes internos y subjetivos» (*Misión de la Universidad. Kant*).

no será lo habitual que se produzca un conflicto con derechos personales. Pero improbable no es imposible. El aludido conflicto puede darse, ya sea porque se trate de una ficción (pensemos en una novela<sup>40</sup>), ya sea porque personas y hechos reales se utilicen como pretexto. No faltan ejemplos recientes de asuntos en los que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en algún caso, considerando una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por ejemplo, la utilización como publicidad comercial de un fotomontaje para la difusión de un espectáculo satírico (caso «Mongolia»<sup>41</sup>), o, por el contrario, considerando que, en un asunto con relevancia pública, un poema (por supuesto, no es que yo considere tal composición como una creación artística, desde un punto de vista material) que conlleva la parodia/caricatura/mofa a una conocida líder política no supone un delito de injurias, dando preferencia a la libertad de expresión en ese caso (STS [Sala 1ª] 400/2021, de 14 de junio; ECLI:ES:TS:2021:2273).

De cualquier modo, este tipo de asuntos deben ser valorados desde la reconocibilidad de los personajes, de forma que cuanto más se acerque el arte a la realidad interpretada, a medida que el contenido se impone a la forma o al estilo, menos intensidad ostentará la libertad de expresión artística en conflicto con derechos personales, los cuales se verán también más expuestos a la crítica, asimismo la realizada de forma artística, cuando se trate de personajes públicos políticos. Bajo mi punto de vista, la respuesta a este tipo de conflictos no debería ser la penal, que en todo caso debe operar como última *ratio*, es decir, bajo el principio de intervención mínima<sup>42</sup>.

El art. 20 se refiere expresamente a la protección de la juventud y la infancia. De una parte, creo que debe ponderarse el superior interés del menor, de su protección, que, a mi juicio, puede cobrar pleno sentido en este ámbito, conforme al art. 27.2 CE; pero, de otra, cuando el problema a considerar es la modulación del acceso a ciertos contenidos en función de la madurez del menor, deben bastar las restricciones de acceso a esas obras,

---

*La deshumanización del arte*, Edit. Revista de Occidente, nueva edición, Madrid, 1936, p. 152).

<sup>40</sup> La STC 51/2008 (FJ 5º) afirmó que «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 la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información».

<sup>41</sup> *Supra*, NOTA [27].

<sup>42</sup> Parece más razonable que la protección de derechos personales como el honor se lleve a cabo a través de normas civiles (como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), en lugar de por la vía penal, a través de los delitos de injurias o calumnias.

que se explican por la necesidad de proteger el proceso de formación y maduración de las personas menores. En el caso de la juventud, el asunto, ciertamente, se hace más complicado, pues, aun tratándose de personas mayores de edad, no es exagerado advertir que, no infrecuentemente, su grado de madurez los hace sensiblemente más vulnerables a determinadas expresiones artísticas<sup>43</sup>.

Sin embargo, puede resultar mucho más complejo y delicado el problema que se plantea cuando se trata de la sociedad en su conjunto, en conflictos en los que la libertad de expresión artística entra «en tensión» con valores definitorios del que podríamos denominar «orden público constitucional». Con esta expresión me refiero a ese, por así decir, «orden público inmaterial» del que forma parte el respeto a los derechos humanos y, por ende, la prohibición de discriminación por motivos especialmente protegidos, como el sexo, la orientación sexual, la raza o la religión, entre otros, que atentan frontalmente contra la dignidad del ser humano, que es y ha de ser la base de toda convivencia.

Nos situamos ante supuestos en los que la provocación de la emoción estética pasa a ser secundaria, en el sentido de que se trata de una utilización de recursos pretendidamente artísticos para atentar contra la dignidad de los seres humanos. No de otra forma podemos interpretar constitucionalmente la moral pública, que aparece entre las posibles limitaciones (art. 10.2 CEDH) que, previstas por la ley, podrían justificar, siempre que sean necesarias en una sociedad democrática y proporcionadas con respecto a los fines que las justifican, limitaciones de la libertad de expresión artística. El ataque frontal a la dignidad del ser humano que esos comportamientos suponen no puede ampararse bajo el paraguas de la libertad de creación artística, igual que la libertad de expresión no ampara el insulto, ni el derecho a informar legitima el derecho a difundir bulos, en un ataque deliberado a la búsqueda de la verdad. Por esta razón, la libertad de creación artística no puede convertirse en instrumento al servicio de ataques a la

---

<sup>43</sup> En relación con el álbum «Hitler=SS» v. sentencia 176/1995, de 11 de diciembre del Tribunal Constitucional, FJ 5º (ECLI:ES:TC:1995:176); por un delito de injurias, atiende especialmente al público lector y considera que «(a)hora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar transcendencia, una de ellas el medio utilizado, una publicación unitaria -un tebeo-, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (STEDH 7 de diciembre de 1976, caso Handyside)» lo que supone la desestimación del recurso de amparo, ya que la condena en ningún caso vulneraba el derecho fundamental de libertad de expresión de los recurrentes.

dignidad del ser humano, como los que caracterizan a los ahora llamados *hate speech* —delitos de incitación al odio<sup>44</sup>— en los que el arte, un arte repugnante, no es digno tributario de su protección como libertad cultural, ya que más que servir a la cultura, la niega en esencia.

Frente a ellos, un concepto objetivo de moral pública, desprovisto de connotaciones de carácter religioso o tradicional —muchas veces obsecadas por controlar y reprimir lo considerado obsceno bajo la noción de moral o de buenas costumbres— y abierto al contenido axiológico de las declaraciones de derechos humanos, puede erigirse en muro infranqueable al ejercicio espurio o con fines inadmisibles de la libertad de creación artística. En ese sentido, parece que en estos casos podríamos hablar de «delimitación» del derecho —en lugar de «límites de» o «limitaciones» a su contenido— por obra de la propia norma constitucional, que erige en valor superior del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona.

Contamos con instrumentos valiosos para resolver este tipo de conflictos. Por ejemplo, el llamado «test de Rabat»<sup>45</sup>, en el contexto del art. 20.2 PIDCP, según el cual, «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley», nos presenta los elementos a considerar para dilucidar si el ejercicio de la libertad de expresión sobrepasa los límites del umbral legítimo de su ejercicio. Así, el juez habrá de tener en cuenta el contexto, el/la orador/a, su intención, el contenido y la forma, la extensión del discurso y el análisis del riesgo, es decir, la probabilidad o, en su caso, la inminencia de que efectivamente se ejerza violencia sobre el colectivo protegido.

Todos estos factores deben ser tenidos en cuenta, pero, además, debe hacerse considerándolos, no como elementos estancos, sino en interacción en el particular contexto en el que el ejercicio del derecho tiene lugar. En este sentido, creo que es fundamental atender a ese contexto en el que se enmarca o tiene lugar el ejercicio del derecho fundamental en cuestión, un contexto, por definición, cultural. Es ahí donde, además, pienso que debe entrar en juego la caracterización, la naturaleza, del derecho de libertad de expresión artística, como derecho cultural. Baste, como ejemplo, el

<sup>44</sup> CORTINA ORTS, A., «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 94, 2017.

<sup>45</sup> NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. 1996. Freedom of expression vs. Incitement to hatred: OHCNR and the Rabat Plan Action [sitio web]. [Consulta: 7 diciembre 2020] Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>

carnaval, que, en sí mismo, es una manifestación artística comunitaria<sup>46</sup>, o en un contexto de crítica política, protegible en democracia por más que a veces nos pueda parecer ruda o hiriente. Cabe pensar, así, en la ocupación del espacio público a través del arte callejero o de *performance*, o precisamente en el estilo, como el «rap», a modo de canción protesta muchas veces, supuestos que, en algunas ocasiones —al menos hasta su aceptación o asimilación— pueden ser la forma de expresarse de determinados colectivos que se consideran así mismos especialmente preteridos por el sistema.

Obviamente, la letra de una canción por sí sola no puede ser la que conduzca a la intervención penal, por más que nos pueda resultar deleznable, desde el punto de vista de su contenido, soez o de mal gusto. Respecto al ánimo, me parece fundamental que opere la identificación del artista con el discurso<sup>47</sup>. No podemos olvidar que, en ocasiones, una determinada simbología precisamente es el pretexto para la provocación, como sucede, por ejemplo, con estéticas de evocación nazi, de las que muchas veces participan algunos grupos musicales (no son pocos los ejemplos en la historia del *punk* y el rock). Tampoco la trayectoria del artista puede ser preterida, y, del mismo modo, el público al que se dirige (pensemos en el alcance invasivo de las redes, o en un concierto con jóvenes ávidos de emociones). Me parece de la mayor importancia, en la interpretación y enjuiciamiento de los hechos, valorar la «función catártica» de la música, del arte en general<sup>48</sup>.

Si la libertad de expresión es seña de identidad de un Estado democrático, la libertad de creación artística lo es de un Estado «de cultura», en consonancia con una noción de cultura que acoge e integra los derechos humanos, hasta convertirse en una categoría indivisible que aúna y sintetiza derechos de distintas generaciones, que han ido dando respuesta a igualmente diversas exigencias y necesidades humanas. Creo que este entendimiento es el único viable, con vistas a posibilitar la coexistencia de las distintas manifestaciones artísticas en una cultura diversa y emancipadora, a

<sup>46</sup> Sobre manifestaciones colectivas de la libertad de expresión artística como la de los carnavales hemos de hacer referencia a la Ley 10/2015, de 26 de mayo para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial

<sup>47</sup> En Alemania hubo cierta polémica en el año 2014, cuando el artista Jonathan Meese utilizó simbología nazi durante una representación operística en el Teatro Nacional de Mannheim, durante las Jornadas Internacionales sobre Schiller. La Fiscalía dio comienzo a una investigación que concluyó con el archivo de las actuaciones, lo que fue debido, según manifestó el Fiscal jefe, Andreas Grossmann, a que el denunciado uso tuvo carácter estereotipado en el área de lo ridículo y no dio la impresión de identificación.

<sup>48</sup> El lector curioso disfrutará, sin duda, de GIOIA, T., *La música. Una historia subversiva*, Turner Noema, 2020.

la que todos tengamos acceso, y en la que ha de verse la mejor «arma» para el progreso del ser humano y la paz.

Actualmente, a raíz de la condena e ingreso en prisión de un conocido «rapero» (P. Hassel), se halla en discusión entre nosotros una reforma del Código penal en lo relativo a delitos como el enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas, injurias a la Corona o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE), o los delitos contra los sentimientos religiosos, con propuestas tanto de eliminar estos tipos penales de nuestro Código Penal, como de modificarlos, de forma que queden fuera de sanción penal los supuestos de ejercicio de la libertad de expresión artística o cultural, o que se elimine, en todo caso, en estos delitos las penas privativas de libertad.

En este ámbito, los casos, que han suscitado no poca controversia, son muy abundantes: así, el caso del «rapero» Pablo Hassel, al que acabo de aludir, condenado por las letras de sus canciones, y, por cierto, no solo por eso (también por determinadas afirmaciones efectuadas en redes sociales), como autor de sendos delitos de enaltecimiento del terrorismo e injurias contra la Corona y las FCSE<sup>49</sup>. Valtòny, antes, también había sido condenado<sup>50</sup>, y Strawberry, el líder de *Def Con Dos*, cuya condena había sido confirmada por el TS, vio anulada su sentencia condenatoria tras el recurso de amparo planteado ante el Tribunal Constitucional, que amparó, así, su libertad de expresión<sup>51</sup>. También han sido condenados el colectivo de raperos «La Insurgencia» y, más recientemente, dos bandas de rock de orientación nazi («Batallón de Castigo» y «Más que Palabras»), así como dos distribuidores musicales, si bien, estos últimos, por delitos de odio<sup>52</sup>.

Sin embargo, creo que resulta cuestionable en el terreno artístico el delito contra los sentimientos religiosos<sup>53</sup>, más allá de la limitación derivada

<sup>49</sup> Caso del rapero Hassel condenado por el TS, *Sala Segunda, de lo Penal*, S 135/2020, 7 May. 2020, por delitos de enaltecimiento del terrorismo, de injurias y calumnias a la Corona y a las FCSE.

<sup>50</sup> Caso Valtòny, Sentencia n.º 106/2015 de 19 febrero, del Tribunal Supremo (Sala de lo penal).

<sup>51</sup> V. CORRECHER MIRA, J., «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», en *Diario La Ley*, n.º 9600, Sección Doctrina, 24 de marzo de 2020.

<sup>52</sup> V. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-pena-de-seis-meses-de-prision-por-enaltecimiento-del-terrorismo-a-miembros-del-grupo-de-rap-La-Insurgencia> (consultado por última vez el día 5 de julio de 2021).

<sup>53</sup> Resulta, a mi juicio, imprescindible la lectura sobre el particular de GARCÍA RUBIO, M.P., «Arte, religión y derechos fundamentales: la libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)»,



de la necesaria proscripción de la incitación al odio. La protección de los sentimientos religiosos, sean del credo que sean, debe hacerse compatible con la pluralidad religiosa que supone el derecho a creer y a no creer y a comportarse conforme a las íntimas convicciones. Por tanto, siempre en mi opinión, de nuevo el límite ha de estar en la inducción directa o indirecta a la violencia, o, en definitiva, en el ataque a la dignidad, y este discurso creo que debemos mantenerlo tanto si se trata de una religión mayoritaria, entre nosotros la católica, como de una de carácter minoritario en una comunidad dada. En estos terrenos acostumbra a hacerse valer en muchos casos más bien susceptibilidades enconadas, incapaces de resolverse socialmente, para lo que sobre todo hace falta educar en el espíritu de tolerancia y de respeto al diferente, base de la convivencia y del reconocimiento recíproco. Comulgar o no con determinadas manifestaciones artísticas que hacen presente las convicciones ateas o religiosas de unos y otros, no puede legitimar, pienso, la intervención limitadora del legislador, siempre, repito, que no se traspase ese umbral de la incitación al odio al que me he referido.

Me atreveré, en fin, a hacer una última consideración, poniendo, si se me permite, mi condición de mujer presente, sobre la lucha contra el sexismo en las manifestaciones artísticas. Me preocupa, mucho, en estos tiempos, que, bajo una interpretación monolítica de lo que significa la igualdad de género, se intente imponer una narrativa única y hegemónica, y, por ende, excluyente de la diversidad, acerca de qué sea y qué no sea respetuoso o atente contra la igualdad entre mujeres y hombres. Recuerdo en fechas recientes el debate sobre la «censura» respecto a la utilización o interpretación de determinadas canciones en las fiestas locales. Por supuesto, no es necesario advertir que, como en tantas ocasiones, el sexo estará siempre «por medio». En el arte en general, y también, como es natural, en la música, el sexo o la sexualidad están a menudo muy presentes, afectando, a veces, al pudor de algunos sectores de nuestra sociedad. Más allá de los gustos de cada cual, en este caso musicales, pienso que debemos descartar la limitación de estas expresiones artísticas, con la salvedad, *ça va de soi*, de los límites generales que cabe situar en la incitación al odio, como he advertido con anterioridad y de aquellos que puedan derivar de la protección del interés del menor limitando su acceso a esos contenidos.

---

en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, n.º 2, 2014, pp. 397-453. Más reciente resulta de interés el asunto Abel Azcona, en el que la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) confirma el archivo de causa contra artista que escribió «pederastia» con hostias consagradas (Auto núm. 198/2017 de 28 abril) grabándose desnudo junto a ellas en plena calle.

Es decir, no es discutible que debe combatirse el sexismo en la sociedad<sup>54</sup>, que es necesaria la remoción de estereotipos, remover los obstáculos que aún limitan la libertad de las mujeres artistas, visibilizar a las creadoras y a la mujer —las mujeres— en las creaciones culturales<sup>55</sup>. Nada de esto es ni debería ser discutible. Recordemos que la lucha por la igualdad de género es un objetivo transversal que debe estar presente en todo caso, más si cabe en lo que hace a la comunicación cultural, pero no caigamos en el error de entrar en lo que se ha llamado «cancelación», por la que entiendo un «juicio descontextualizado» de determinadas obras artísticas, generalmente pretéritas. Esta consideración debería llevarnos a considerar, también —en una estrategia algo más novedosa— el papel del Derecho sancionador administrativo para combatir tales prácticas, muy presente en las leyes de igualdad de género autonómicas, entre ellas la andaluza, pero que excede de los límites de este trabajo. De nuevo creo que hemos de volver a la educación. Si se me permite, haré un juicio estrictamente personal: que haya más adeptos entre la juventud a *Maluma* que a *Lou Reed*, además de un problema de educación musical, es una cuestión de moda y de mercado en una sociedad hipersexualizada. Sinceramente, el primero no creo que nunca llegue a convertirse en clásico —clásico como algo valioso— y, por tanto, a preservar y a transmitir. El segundo, para mí, es un imprescindible de la música.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La Constitución, o, mejor, la realidad constitucional, es el lugar de encuentro entre los valores que animan el constitucionalismo, una creación o producto de la imaginación cultural, construido sobre la dignidad y el respeto de los derechos humanos. Y el arte —y el conocimiento—, esto es, la CULTURA, en mayúscula elegante, es la mejor manera, la única seguramente, de garantizar la realización del ser humano, el progreso humanista de la sociedad, y, en definitiva, la búsqueda de la felicidad, la utopía de un mundo mejor. Avanzar en ese sentido requiere el compromiso y la responsabilidad colectivas, sin lugar a duda, pero también las individuales, ya que a todos y cada uno, en su parcela vital y en su quehacer profesio-

<sup>54</sup> V. Recomendación CM/Rec (2019)1, del Comité de Ministros, a los Estados miembros, para prevenir y combatir el sexismo adoptada por el Comité de Ministros el 27 de marzo de 2019 en la Reunión n.º 1342 de los Delegados de los Ministros.

<sup>55</sup> Resulta de gran interés a este respecto el *I Informe sobre la aplicación de la Ley de Igualdad en el ámbito de la cultura en el marco competencial del Ministerio de Cultura y Deporte*, disponible en <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:e2da2c11-5e2d-40c7-bbb6-b536f4ba9d88/informe-igualdad-completo.pdf> (consultado por última vez el 12 de junio de 2021).

nal, compromete<sup>56</sup>. Eso significa que también hemos de saber tolerar lo que es transgresor, lo que no nos gusta, pero es expresión de la creatividad y el pluralismo que caracteriza al retrato constitucional de nuestra sociedad.

No en vano, el Pleno del Senado, en su sesión número 16, celebrada el día 22 de septiembre de 2020<sup>57</sup>, aprobó una «Declaración institucional» por la que esa Cámara anima al Gobierno a declarar la cultura como bien esencial, a fin de contribuir, con ello, a la «universalización de un sector que, además de alimentar el alma, es motor de desarrollo e innovación en el ámbito económico y, por tanto, está llamado a desempeñar un papel esencial en la recuperación del país». Esta iniciativa evoca unas palabras de Jean Monnet, en 1976: «Si tuviera que empezar otra vez, empezaría con la cultura». La cultura aparece, en palabras de uno de los padres fundadores de la Unión Europea, como uno de los ejes vertebradores de una sociedad moderna y cohesionada, como la que él visionó y anheló. La cultura es un motor de transformación y desarrollo, humano, desde luego, pero también —lo que en nuestro tiempo no es cuestión baladí— económico.

Tampoco las instituciones europeas han sido insensibles a la trascendencia de la cultura. El Reglamento europeo de 20 de mayo de 2021, por el que se establece el Programa Europa Creativa (2021-2027), afirma en sus primeros considerandos que

(l) la protección y la mejora del patrimonio cultural facilita la libre participación en la vida cultural en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Por tanto, el patrimonio cultural desempeña un papel fundamental en la construcción de una sociedad pacífica y democrática, en los procesos de desarrollo sostenible y en el fomento de la diversidad cultural.

Hemos transitado —y parece que ha de seguir siendo así aún— «tiempos recios». A raíz de la pandemia ocasionada por la COVID-19, las severas

<sup>56</sup> Con motivo del cuadragésimo aniversario del Tribunal Constitucional español, los magistrados de éste, en colaboración con el Museo del Prado, tuvieron la iniciativa de aproximar el Derecho Constitucional al arte, y presentaron la obra colectiva *Los derechos constitucionales. Un paseo por el Prado*, dirigida por Dña. Encarnación Roca Trías, Vicepresidenta del Tribunal Constitucional, y D. Pedro González Trevijano, Magistrado del Tribunal Constitucional. El Presidente del Tribunal Constitucional, D. Juan José González Rivas, señala en la introducción que la obra se realiza «a fin de contribuir a la difusión cultural del desarrollo del conocimiento de los derechos fundamentales».

<sup>57</sup> BOCG, Senado, XIV Legislatura, núm. 87, 28 de septiembre de 2020, pp. 8 y 9.

restricciones de aforo y de la interacción social por causa de ella, la situación del sector cultural se ha vuelto tremendamente difícil; o, sin más, desesperada. Y, sin embargo, y no sin paradoja, esa misma situación ha servido para «visibilizar» y realzar a la cultura, y su importancia en nuestra vida cotidiana. Porque justamente esta época oscura nos ha permitido apreciar y valorar la necesidad que el ser humano tiene del arte y la cultura, por las razones más diversas: para soportar una realidad, en ocasiones muy difícil, para evadirse de ella, para experimentar placer u otras emociones, para expresar y sobrellevar el sufrimiento, o simplemente para buscar el cobijo y abrigo de los demás.

La cultura da satisfacción a una necesidad del espíritu humano. Decía Ortega que un hombre no es un hombre desprovisto de ella. En términos constitucionales a la cultura y al Estado Social, como Estado de cultura, no le corresponde absorber ni asimilar o dirigir a la sociedad, sino interactuar e interrelacionarse con ella. Y por esa razón, comprometido con el bienestar de la sociedad, debe proteger la creación cultural y promover la comunicación cultural y artística, como pilares fundamentales de la vida en comunidad; y debe mimar la cultura en toda su riqueza, y facilitar el acceso de todos y todas a la participación en la vida cultural. Y ha de hacerlo con la mirada plural, que concibe lo diverso como valioso, con perspectiva interseccional, y también intergeneracional, porque, sobre todo, son nuestros hijos e hijas los que se alimentarán de esa cultura. Toda cultura se construye en el diálogo entre lo común y lo diverso, entre el pasado y el presente, que se nutren mutuamente