

# LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA, ¿UN DERECHO AUTÓNOMO? (*L'OISEAU REBELLE* EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

NURIA RUIZ PALAZUELOS  
Universidad de Cantabria

## *Cómo citar/Citation*

Ruiz Palacios, N. (2021).

La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo?  
(*L'oiseau rebelle* en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional).  
*Revista de Administración Pública*, 215, 111-142.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.215.04>

## **Resumen**

El problema de los límites de la creación artística es una cuestión que se viene planteando últimamente con especial intensidad. El debate acerca de si su plasmación constitucional presupone un derecho autónomo y con perfiles propios o, por el contrario, se trata de una variante de la libertad de expresión ha ocupado a los escasos estudios que existen sobre el tema y aun a la jurisprudencia constitucional. El presente estudio pretende ahondar en estas cuestiones a partir de nociones tan imprecisas como el propio concepto de creación artística y el contenido mismo de la idea de cultura, presupuestos de los que se derivan innegables consecuencias prácticas como algunas de las que en el texto se apuntan.

## **Palabras clave**

Creación artística; cultura; derechos fundamentales; límites; libertad de expresión.

## ***Abstract***

The limits of artistic creation have received increasing attention in recent years. Yet, whether artistic creation is an independent right or just a form of freedom of expression is not clear, despite the sentences of the Constitutional Tribunal concerning this issue. This paper contributes to this debate on the basis of the notions of artistic creation and culture. The subjective nature of these notions may entail important consequences, as we discuss.

## ***Keywords***

Artistic creation; culture; human rights; limits; expression freedom.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿EXISTE UNA NOCIÓN JURÍDICA DE CREACIÓN ARTÍSTICA? Y AÚN ANTES, ¿QUÉ HAY QUE ENTENDER POR CREACIÓN ARTÍSTICA? III. LA CREACIÓN ARTÍSTICA EN LA CONSTITUCIÓN: LA ELABORACIÓN DEL ART. 20 Y DEFINITIVA PLASMACIÓN EN LOS TRABAJOS CONSTITUYENTES. IV. LA CREACIÓN ARTÍSTICA COMO VARIANTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMO MANIFESTACIÓN DE LA IDEA DE CULTURA. V. LA NOCIÓN DE CREACIÓN ARTÍSTICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VI. LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA COMO ESPECIE DE LA GENÉRICA LIBERTAD DE PENSAMIENTO/OPINIÓN: UN CUADRO IMPRESIONISTA INACABADO CON SUS PUNTOS DE FUGA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 1857, ante la Cámara correccional del *Palais de Justice* de París, se sustanció un proceso judicial ampliamente conocido, que terminó en una sentencia que decía así:

[...] los pasajes incriminados, apreciados en abstracto y aisladamente, presentan en efecto expresiones, imágenes o retratos que el buen gusto reprueba y cuya naturaleza es capaz de herir legítimas y honorables susceptibilidades; [...] las mismas observaciones se pueden aplicar precisamente a otros pasajes [...] que, a primera vista, parecen presentar la exposición de teorías contrarias tanto a las buenas costumbres, a las instituciones que son la base de la sociedad, como al respeto debido a las más antiguas ceremonias de culto [...]; pues la misión de la literatura debe ser la de adornar y recrear el espíritu, elevando la inteligencia y depurando las costumbres más incluso que inspirar el horror al vicio [...].

El escritor encausado era Gustave Flaubert; la obra, *Madame Bovary*. Flaubert fue finalmente absuelto, pero para ello tuvo que argumentar en su defensa algo que era casi una ironía con lo que en realidad representó *Madame Bovary* en

el panorama literario de la época<sup>1</sup>: que su novela tenía un *objetivo eminentemente moral* y que precisamente exponía los peligros que resultan de una educación no apropiada para el medio en el que se vive, mostrando una mujer que aspiraba a un mundo y una sociedad para la que no estaba hecha, olvidando sus obligaciones como madre, faltando a sus deberes como esposa e introduciendo sucesivamente en su casa el adulterio, la ruina y acabando miserablemente en el suicidio, tras pasar por todos los escalones de la más absoluta degradación.

Muy poco tiempo después, ese mismo tribunal se enfrentó a otra de las obras cumbre de la literatura universal, *Les fleurs du mal*, de Charles Baudelaire, aunque en este caso el proceso sí terminó con la condena del escritor. Y no se trata de ejemplos aislados. La historia ha dado muestras constantes de la compleja relación que mantienen arte y derecho, arte y sistema político, como fue el notorio supuesto del *Entartete Kunst* o arte degenerado del régimen nazi, u otros ejemplos más o menos discretos de censura que, lejos de ser anécdotas del pasado, perviven incluso en nuestros días.

Es este, pues, un tema irresuelto, que ha ocupado y ocupa la atención de artistas, filósofos, historiadores y, como es lógico, de los juristas. ¿Cuáles son, hoy, los límites de la creación artística en nuestro sistema constitucional y europeo? Los tribunales se han enfrentado con la cuestión de manera continua y la doctrina lo ha estudiado con atención, intentando desentrañar las raíces de un problema tan inaprehensible como interesante. Hay notables sentencias de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no siempre han aportado la luz que esta umbría cuestión necesita a día de hoy. También en el ámbito académico hay trabajos que han abordado el problema y cuya cita es ineludible desde este momento, como es el clásico libro de J. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*<sup>2</sup>; la importante monografía de M. Vaquer Caballería, *Estado y cultura*<sup>3</sup> o el estudio comparado de L. Díez Bueso, *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa*<sup>4</sup>, entre otros trabajos.

Muy recientemente, el interés y actualidad de la cuestión han sido evidenciados en unas jornadas sobre libertad de creación artística y censura organizadas por la Fundación Gabeiras en Madrid los días 25, 26 y 27 de noviembre en el Círculo de Bellas Artes, el Museo Reina Sofía y el Museo Nacional Thyssen-Bor-

---

<sup>1</sup> Una sugerente visión de la cuestión, desde la perspectiva de la crítica literaria, en el ensayo de M. Vargas Llosa (2012), *La orgía perpetua. Flaubert y Madame Bovary*, Madrid: Alfaguara.

<sup>2</sup> J. Prieto de Pedro (1992), *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (en especial, págs. 226-250).

<sup>3</sup> M. Vaquer Caballería (ed.) (1998), *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (en especial, págs. 181-230).

<sup>4</sup> L. Díez Bueso (2017), *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

nemisza, en las que participaron más de setenta ponentes a escala internacional y fueron seguidas por más de dos mil personas en todo el mundo<sup>5</sup>. Ponentes de muy diversos perfiles que parecían compartir una idea común: se trata de un campo en el que todavía hay mucho terreno por explorar y en el que las posibilidades de estudio no están, ni mucho menos, agotadas.

Una de las cuestiones que continúan aún siendo objeto de debate es la noción misma de *creación artística*. Los textos jurídicos no se ocupan de definirla. Y, sin embargo, el problema de los límites apuntado en líneas anteriores exige elucidar con carácter previo este interrogante. ¿Es posible, a partir de las diferentes fuentes jurídicas, extraer una noción que la distinga de otras formas de expresión? ¿Cuáles serían, en su caso, sus elementos distintivos? El propósito de este estudio es el de reflexionar sobre estas cuestiones y aproximarse a estos interrogantes a partir de los datos que ofrece el derecho positivo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este análisis permitirá averiguar qué supuestos encajan en la noción; si existen criterios comunes a todas estas fuentes que permitan enfocar el fenómeno con una cierta sistemática o si, por el contrario, las aproximaciones son demasiado heteróclitas. Se trata de ver, en definitiva, en qué medida este fenómeno recibe un tratamiento jurídico distinto de otras formas de expresión, lo que permitirá extraer algunas conclusiones sobre la utilidad actual de la noción en el ámbito jurídico.

## II. ¿EXISTE UNA NOCIÓN JURÍDICA DE CREACIÓN ARTÍSTICA? Y AÚN ANTES, ¿QUÉ HAY QUE ENTENDER POR CREACIÓN ARTÍSTICA?

¿Qué se entiende por *arte* o *creación artística*? Desde luego, no se trata de un interrogante novedoso y, además, es susceptible de aproximaciones desde planos teóricos muy distintos. Así ha sido a lo largo de los siglos. Toda la historia de la estética y la filosofía han intentado descifrar este interrogante sin que hoy existan conclusiones evidentes e incuestionables. Incluso podríamos plantearnos una cuestión previa: ¿es lo mismo arte que creación artística? Ni siquiera a esta pregunta se puede responder de manera clara, pues, como la realidad demuestra, en muchos casos es más importante —véanse los ejemplos del llamado *performance*— el gesto en sí, la acción, que la obra o creación duradera propiamente dicha. En otros, como en el arte conceptual, el acento está más en la idea o conceptualización que en el objeto en sí mismo considerado. ¿Dónde está, pues, el *arte*? Según advirtiera Heidegger, si el artista es el origen de la obra y la obra el origen del artista, «ninguno de los dos es por sí solo el sostén del otro, pues el artista y la obra son cada uno en sí y en su recíproca relación, por virtud de un tercero,

<sup>5</sup> Los vídeos de las jornadas pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3cor1ZS> (último acceso: junio de 2021).

que es lo primordial, a saber, el *arte*, al cual el artista y su obra deben su nombre»<sup>6</sup> [cursivas añadidas]. El arte puede ser visto, por tanto, como algo ajeno, que va más allá incluso de la cosa en sí misma considerada, eso *otro* que constituye, en palabras de Heidegger, lo artístico<sup>7</sup>. De modo que la obra solo sería el símbolo o alegoría de aquello. Pero ¿cómo identificar algo, en esencia, tan inasible?

Muchas son, como digo, las teorías elaboradas al respecto en el plano puramente *filosófico* y no es momento aquí de dar cuenta de todas ellas<sup>8</sup>. El presente trabajo se centrará, como es lógico, en la perspectiva jurídica de la noción y, más concretamente, la dimensión constitucional de la creación artística.

Desde la vertiente estrictamente jurídica, la Constitución española se refiere a la libertad de creación artística en su art. 20. 1 b) como una de las variantes de la genérica libertad de expresión. Esta particular ubicación ha mantenido abierto, durante muchos años, el debate acerca de si se trata de un derecho fundamental autónomo o si, por el contrario, constituye una especie más de la genérica libertad de expresión. Un debate que exige, sin embargo, clarificar dos cuestiones previas. En efecto, para que pueda hablarse de derecho fundamental *autónomo*, entiendo que es necesario que exista al menos una cierta *noción* jurídica, por amplia que esta sea, de su objeto; en otras palabras, de lo que haya de entenderse por *creación artística*. Y, en segundo lugar, que a esa noción (con independencia de su contenido) se le asocie, bien en los textos positivos bien en la jurisprudencia, un régimen jurídico particular que lo distinga de otras formas de expresión. Ya hemos dicho que los textos normativos no ofrecen definición alguna ni de creación artística ni, claro está, de arte, algo por lo demás perfectamente comprensible habida cuenta de lo delicado de esta tarea y, en particular, de la propia naturaleza de la norma constitucional que, según señala J.-J. Solozábal, contiene solo les *têtes de chapitre* de todo el ordenamiento<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> M. Heidegger (1992), «El origen de la obra de arte», en *Arte y poesía* (traducción de Samuel Ramos), Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pág. 37.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 40.

<sup>8</sup> Baste con una sucinta referencia a algunas de las más destacadas, sin ninguna pretensión de exhaustividad. Además de la obra de Heidegger ya citada, una de las construcciones clásicas es la de T.-W. Adorno (2004), *Teoría estética* (traducción de Jorge Navarro), en *Obra completa*, 7, Madrid: Akal; R. Bayer (1961), *Histoire de l'esthétique*, Paris: A. Colin; G.-W.-F. Hegel (1989), *Lecciones sobre la estética* (traducción de Alfredo Brotons Muñoz), Madrid: Akal. Véanse, asimismo, J.-L. Nancy (1990), *Une pensée finie*, Paris: Galilée y (1994), *Les muses*, Paris: Galilée.

<sup>9</sup> J.-J. Solozábal (1990), «Notas sobre la interpretación y jurisprudencia constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, 69, julio-septiembre, pág. 180. Se trata, según el autor, de una de las particularidades de las normas constitucionales, cuya apertura e inconcreción se deben también, para el autor, al «propio propósito de duración [...]: la condición de su adaptabilidad es función de la propia enunciación vaga de los preceptos constitucionales». Además, «la parquedad de los enunciados constitucionales tiene también que ver con la recepción

Esta es, por tanto, la primera dificultad a la que el jurista se enfrenta a la hora de abordar el problema. De existir una cierta noción de la creación artística en el ámbito jurídico, habrá que extraerla, como se ha apuntado antes, por *inducción*, esto es, examinando las referencias —a veces dispersas— que en esta norma constitucional se hace a la cuestión o por la aplicación que en cada supuesto haya hecho la jurisprudencia. Habrá que ver, en definitiva, si, juntadas las piezas, es posible obtener en el rompecabezas una imagen mínimamente coherente de lo que pueda ser la creación artística en nuestro sistema constitucional.

### III. LA CREACIÓN ARTÍSTICA EN LA CONSTITUCIÓN: LA ELABORACIÓN DEL ART. 20 Y DEFINITIVA PLASMACIÓN EN LOS TRABAJOS CONSTITUYENTES

A pesar de que no exista definición de lo que haya de entenderse, en el ámbito jurídico, por creación artística, la existencia misma del término en el texto constitucional invita por sí sola a una inexcusable operación hermenéutica, para la que se parte, en un principio, de los diversos y conocidos métodos interpretativos a los que hace referencia el art. 3 del Código Civil. Tal y como recuerda J. Prieto refiriéndose a la noción constitucional de cultura, los métodos de los que dispone el intérprete a la hora de dotar de contenido al texto constitucional «no son otros que los tradicionales y generales de la interpretación jurídica: los textuales internos (interpretación literal y sistemática), los textuales externos (interpretación por el resto del ordenamiento jurídico), los contextuales diacrónicos (interpretación histórica y por los antecedentes legislativos) y los contextuales sincrónicos (interpretación por la realidad del momento)»<sup>10</sup>.

Dicho esto, lo cierto es que las tesis sobre la interpretación constitucional siguen siendo diversas y algunas voces han mantenido que, dada la particular naturaleza de la Constitución<sup>11</sup>, los métodos interpretativos no pueden ser los mismos que los que se utilizan al interpretar otro tipo de normas jurídicas, de manera que ciertas técnicas, para algunos autores, resultan en cierto modo irrelevantes en el caso de la interpretación constitucional. Así lo ha sostenido, por ejemplo, J.-J. Solozábal, para quien la atención a los antecedentes históricos o legislativos, trasunto de la concepción subjetiva de la interpretación, es *casi ino-*

---

de valores de la propia Constitución, cuya exacta definición es difícilmente realizable, en razón de la validez general de tales valores y principios», *ibid.*, págs. 180-181.

<sup>10</sup> J. Prieto de Pedro (1992: 47).

<sup>11</sup> Sobre las particularidades jurídicas de la norma constitucional, es inexcusable la cita del clásico trabajo de A. Nieto (1983), «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, 100-102, enero-diciembre, págs. 371-415.

*perante* en la interpretación constitucional<sup>12</sup>. Según afirma este autor, la visión subjetiva (aquella que consiste en la averiguación del propósito del legislador o autor de la norma) «sirve a la visión autoritaria y esclerotizada —no histórica— del ordenamiento»<sup>13</sup> y «casa mal con los supuestos estructurales del ordenamiento jurídico moderno, en el que el juez, que ha de pronunciarse sobre el sentido de la ley, es independiente del legislador, como poder autónomo, y ha de establecer su contenido a partir del significado, ordinamentalmente determinado, de su tenor»<sup>14</sup>. Añade que este tipo de interpretación no resulta conveniente cuando la antigüedad de la norma es notoria o cuando el legislador fue colectivo, que «choca con las exigencias de seguridad jurídica propias del Estado de Derecho, que es un gobierno de leyes y no de hombres, desprendido, por consiguiente, de supuestos personalistas de dominio». En fin, este tipo de interpretación, subraya el autor, *petrifica* el ordenamiento jurídico, como un orden establecido de una vez por todas, sin permitir que evolucione en función de las necesidades cambiantes de la sociedad<sup>15</sup>.

Muchas son las críticas que se han hecho, en efecto, a esta aproximación subjetivista<sup>16</sup>. Su exclusiva utilización no solo resulta difícilmente justificable, sino que incluso, digámoslo así, puede resultar una auténtica quimera en el plano jurídico. ¿Cómo pretender encontrar una voluntad del constituyente? Troper lo

<sup>12</sup> En este sentido, Solozábal (1990: 181). El autor señala, por ejemplo, la técnica de la atención a los antecedentes históricos o legislativos. Por lo demás, el autor realiza un interesante repaso de las principales tesis sobre la interpretación de la norma constitucional, como la positivista de Forsthoff («que sigue pensando en la interpretación [...] como una técnica de subsunción»), frente a las tesis que sostienen que la interpretación es, ante todo, una operación de concretización de valores de carácter *quasi político* y otros autores que, en cambio, entienden que «[l]a interpretación constitucional es exclusivamente interpretación jurídica y debe hacerse según procedimientos, cánones y criterios propios de la aplicación del Derecho», como es el caso de Aragón y Santamaría Pastor. Menciona también la corriente tópica de Viehweg y Curtius, que conciben el derecho como «un saber problemático, abocado no al establecimiento de grandes sistemas que existen en el terreno del deber ser, sino a la solución plausible de casos concretos, a la justicia del caso» (págs. 182-183). En efecto, en esta materia es clásico el libro de Theodor Viehweg (2016), *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Civitas (traducción de L. Díez-Picazo y prólogo de E. García de Enterría). El prólogo de García de Enterría se incluye también en su libro (1984), *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid: Civitas, págs. 73-83.

<sup>13</sup> *Ibid.*: 13.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Sobre esta técnica interpretativa (también conocida como originalismo), sus defensores y principales críticos: E. Alonso García (1984), *La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, págs. 137-163. A propósito del binomio originalismo/interpretación: M. Beltrán (1989), *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Madrid: Civitas.

cuestiona por muchas razones, empezando por la propia dificultad de determinar *quién* es el constituyente. Además, es muy poco probable que en su momento ese constituyente —quien quiera que sea— pudiera plantearse todos los interrogantes que hoy suscita el texto y, aun aceptando como hipótesis que se lo hubiera planteado, es dudoso que tuviera una única e incuestionable voluntad que pudiera ser descubierta o esclarecida<sup>17</sup>. En palabras de Troper, todo descansa sobre la premisa de que hay que obedecer a un constituyente mítico «à la fois infiniment lucide et excessivement maladroit»<sup>18</sup>.

Siendo esto cierto, tampoco existe razón para desterrar *a priori* y de manera absoluta esta técnica interpretativa del análisis o para negarle toda utilidad a la información que puedan aportar, por ejemplo, los trabajos parlamentarios en el estudio académico. Una cosa es que, una vez examinados, no aporten luz sobre el problema estudiado y otra distinta es que haya que rechazarlos en todo caso de manera apriorística. El propio Tribunal Constitucional ha recurrido a esta fuente de interpretación en diversas ocasiones<sup>19</sup>.

Más aún, la Constitución misma no establece regla alguna sobre las técnicas que hayan de utilizarse en su interpretación ni sobre su eventual prelación, con la clara excepción del art. 10 en el que se exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Fuera de ahí, como digo, ninguna razón jurídico-constitucional existe para prescindir por completo de un método hermenéutico por irrelevante. El propio Troper lo apunta: la interpretación científica —académica, si se quiere— no debería consistir tanto en determinar *el* significado del texto como en descubrir todos los significados posibles, puesto que, a diferencia de la interpretación que realiza el juez (o el Tribunal Constitucional), no ha de adoptar una decisión para un caso concreto<sup>20</sup>. Admitamos, pues, por principio, los trabajos parlamentarios como uno más de los posibles instrumentos de análisis, con independencia de la utilidad que en cada hipótesis puedan revestir. En el bien entendido de que no han de ser vistos en todo caso como la expresión de *la* voluntad soberana, ni como una categórica verdad revelada.

La pregunta que entonces se plantea es la siguiente: ¿pueden aportarnos alguna luz estos trabajos para aclarar la noción de libertad de creación artística?

<sup>17</sup> M. Troper (1987), «La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse», *Pouvoirs*, 41, pág. 85.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 85.

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, la STC de 30 de enero de 1981, en el caso del principio *non bis in idem*; la STC de 8 de abril de 1981, en el caso del derecho de huelga; la STC 12/1982, de 31 de marzo, a propósito de la televisión privada y el art. 20 de la Constitución, entre otras. Cfr. E. Alonso García (1984: 148-149).

<sup>20</sup> M. Troper (1987: 84).

Veámoslo con cierto detenimiento. En la primera versión del anteproyecto de Constitución, el hoy art. 20 contenía el siguiente enunciado:

1. Se reconoce el derecho a expresar y defender ideas y opiniones, usando libremente la palabra, el escrito y la imagen, sin censura previa.
2. Se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, *artística* y científica.
3. Se reconoce la libertad de cátedra, de *creación artística* y de investigación científica [cursivas añadidas].

Como puede observarse, en esta primera versión la referencia a la creación artística se encontraba presente en los apdos. 2 y 3 del precepto. Primero, se aludía a la protección de los derechos inherentes a la producción artística. Después, se reconocía la libertad de creación artística propiamente dicha<sup>21</sup>. Una doble referencia que no pasó, sin embargo, al texto del Informe de la ponencia ni al Dictamen de la Comisión, cuya redacción, por lo demás, era ya bastante similar a la del actual art. 20<sup>22</sup>:

1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística y científica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz

<sup>21</sup> Se presentaron varias enmiendas a este texto inicial por los diversos grupos parlamentarios. Alianza Popular y la UCD propusieron, entre otras cosas, suprimir el apdo. 2 arriba transcrito, pues, según entendían, *no era materia constitucional, sino de ley ordinaria*. En realidad, a lo que estos grupos parecían referirse era más a los derechos de propiedad intelectual que a la libertad de creación en sí misma. Y precisamente sobre ese punto giró el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en la sesión celebrada el 19 de mayo de 1978. Mendizábal Uriarte (Alianza Popular) afirmaba, en este sentido, que «si se reconoce el derecho de propiedad intelectual, habría que enumerar en la Constitución todos los temas de derechos subjetivos de carácter civil», a lo que Peces-Barba se opuso por entender esta posición en cierto modo contradictoria, puesto que, por un lado, aquel grupo parlamentario había defendido la constitucionalización del derecho de propiedad privada y, por otro, negaba ahora el reconocimiento constitucional de «una forma de propiedad mucho más espiritual, mucho más moral, que está mucho más vinculada directamente a la persona, como es la producción y creación literaria, artística y científica, que está en alza».

<sup>22</sup> Ello explica, como ha señalado J. Prieto de Pedro, que, aunque la ausencia de la palabra libertad en el actual texto constitucional haya suscitado dudas sobre la naturaleza dogmática de este derecho (¿un derecho de libertad o un derecho de prestación?), «aun a falta de calificación expresa del derecho consagrado en el apartado 1.b) como un derecho de libertad, el derecho a la creación cultural no puede poseer otra naturaleza que la de una libertad autonomía» (1992: 226-228). En efecto, a la vista de la redacción inicial arriba transcrita, parece claro que la actual redacción comprende no sólo la protección de los derechos de autor, sino la auténtica libertad de creación, artística o literaria.

por cualquier medio de difusión. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

La cuestión de lo que habría que entender por *creación artística* no fue, sin embargo, objeto de debate ni en la Comisión ni en el Pleno. ¿Por qué se pasó de largo sobre esta crucial cuestión? ¿Se partía, quizá, en aquel entonces, de una precomprensión de lo que es el arte, de lo que es la creación literaria y artística, sin imaginar las dificultades que en la práctica podía suscitar el aludido sintagma? Lo cierto es que es algo que no podemos saber, pues en ningún momento se hizo referencia a este problema, al menos en aquellos momentos iniciales. Durante la tramitación del texto en el Senado sí que hubo, en cambio, más debate, y las enmiendas presentadas al artículo concernido muestran que, al menos para los senadores, el tema era más poliédrico de lo que pudiera parecer y que admitía varias aproximaciones o matices.

De todas las enmiendas presentadas en el Senado al apartado b) —que contiene la referencia a la creación literaria, artística y científica— sólo una fue aprobada e incorporada al texto, la presentada por la UCD y que añadía la referencia a la «técnica» junto con los otros tipos de creaciones protegidas. Pese a ello, llama mucho la atención que fueran varios los grupos parlamentarios que propusieran, a la redacción inicial, la introducción de una referencia a la *cultura* o a la creación *cultural*<sup>23</sup>. Las palabras del senador Pellicer son bastante reveladoras en este punto:

Dejar en este apartado, aislada, la producción y creación literaria, artística y científica representaría seguir con el modelo de cultura tradicionalmente arraigado, pero que tiene su origen clasista, puesto que sólo recoge ciertas actividades que se caracterizan por su elitismo, sacralizadas, pasadas por el tamiz de unas exigencias de enseñanza convencional, codificada, difícil y en el fondo cara, y suficientemente desasidas de la realidad de la vida de la mayoría de los ciudadanos [...]. Conservar la trilogía de lo literario, lo artístico y lo científico sería colocar al Estado a un nivel de mecenazas, interesado en actividades de lujo y de prestigio [...]. Y presentaría un riesgo que se entendiese que la libertad creadora sólo se respeta por esas zonas elitistas.

---

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, el grupo de Progresistas y Socialistas independientes proponía reconocer, en este apartado, el derecho «a la libertad de creación cultural y de expresión literaria, artística, científica y docente». Los Socialistas, por su parte, pretendían sustituir este apartado b) por un artículo bis del siguiente tenor: «El arte, la ciencia y su respectiva enseñanza son libres» [a lo que luego aceptaron añadir una referencia a la cultura]. Y el grupo Entesa dels Catalans prefería hablar de derecho «a la producción y creación cultural, literaria, artística y científica». Aunque no se refiere al debate sobre este artículo, es forzoso citar, al referirse al debate y discusión de los artículos constitucionales en el Senado, el clásico libro de L. Martín-Retortillo (1984), *Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la comisión constitucional del Senado)*, Madrid: Akal.

J. Prieto se ha mostrado, en este sentido, partidario de la expresión *creación cultural* «porque la presencia de esta expresión al lado de las cuatro manifestaciones ya consagradas allanaría la labor del intérprete en orden a dar plenitud a la idea de cultura también como experiencia creadora colectiva [...]»<sup>24</sup>. Con independencia de la expresión que adoptara el texto definitivo de la Constitución, lo cierto es que, a la vista de la importancia que la noción de *cultura* tuvo para buena parte de los grupos parlamentarios en la elaboración de la norma constitucional, es un dato lo suficientemente relevante como para tenerlo en consideración en nuestro estudio acerca de la noción jurídica de *creación artística*.

#### IV. LA CREACIÓN ARTÍSTICA COMO VARIANTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMO MANIFESTACIÓN DE LA IDEA DE CULTURA

De lo dicho hasta ahora se pueden extraer, por el momento, algunas conclusiones. Primera, que *la creación artística no puede identificarse con cualquier otra forma genérica de expresión* ajenas a lo artístico o cultural, sino que hay una clara voluntad de *singularizar* esa noción en relación con expresiones de ideas o pensamientos que no forman parte de esa categoría. Segunda, que se trata de una noción necesariamente ligada a la idea de *cultura*<sup>25</sup>, reconocida y protegida en la Constitución a lo largo de su articulado, lo que nos lleva a la interpretación sistemática del texto a la que en seguida nos referiremos. Conceptos conectados, aunque no, claro, equivalentes. Siguiendo el planteamiento de los debates parlamentarios que acaba de sintetizarse, podría entenderse que la creación artística constituye una *especie* dentro del *género* cultura. En otras palabras, que, si bien todas las creaciones artísticas forman parte de la categoría de *creaciones culturales*, no toda creación o manifestación cultural adopta la forma de obra artística. Tercera, que el hecho de que se haya considerado necesaria la referencia, junto a la creación artística, a la creación *cultural* en este artículo —y con independencia de que finalmente no se recogiera la expresión en el precepto— indica que el constituyente buscaba, en todo caso, que el artículo otorgara una protección *lo suficientemente amplia* como para acoger las muy diversas facetas o manifestaciones que el arte puede adoptar, de manera que el *nomen creación artística* debería interpretarse, siguiendo con este espíritu, de manera *amplia*<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> *Ibid.*: 235.

<sup>25</sup> Algo, por lo demás, que se ha venido defendiendo por destacadas voces en nuestra doctrina. De hecho, hay quienes, como J. Prieto de Pedro (1992: 225-247), prefieren hablar de derecho a la creación cultural, para referirse a los derechos a la libre creación literaria, artística, científica y técnica.

<sup>26</sup> Coincido por ello con J. Prieto de Pedro cuando señala que «basta con constatar la presencia de un mínimo valor cultural, sin que sea necesario reconocer las características de una creación plena, para poderse decidir *pro cultura*; dicho plásticamente, la existencia

Consideremos ahora una lectura sistemática del texto de la Constitución y pongamos en conexión el art. 20. 1 b) con la noción de *cultura*, tantas veces repetida en nuestro texto constitucional. ¿Qué podemos extraer de ello? Varios son los preceptos que, en un sentido o en otro, hacen referencia a este concepto de cultura, como tan pormenorizadamente ha estudiado J. Prieto de Pedro<sup>27</sup>. El problema es que, como el propio autor señala, *no existe un sentido unívoco* de cultura, sino todo lo contrario, un uso polisémico, «concretable en dos nociones cualitativas de «cultura» —la noción étnica o colectiva y la noción general— y, desde el punto de vista cuantitativo, en la diferente amplitud [...] que dicha voz tiene en la Constitución»<sup>28</sup>.

Parece, por lo que a nuestro estudio respecta, que es esa noción *general* de cultura la que está más relacionada con la creación artística que aquí nos ocupa. Y las referencias a la misma son, insisto, constantes. El art. 44<sup>29</sup> garantiza, sabido es, el derecho a la cultura propiamente dicho, pero junto a este, el Preámbulo proclama la voluntad de «promover el progreso de la cultura»; el art. 3 habla del «patrimonio cultural» que constituyen las distintas modalidades lingüísticas; el art. 9.3 consigna la necesidad de que los poderes públicos faciliten «la participación de todos los ciudadanos en la vida [...] cultural»; el art. 25 garantiza el acceso a la *cultura* de los condenados a penas de prisión; el 46 encomienda a los poderes públicos la protección del «patrimonio cultural»<sup>30</sup>; el art. 149.1. 28<sup>31</sup> asigna la competencia al Estado para «la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español» (lo que refuerza la argumentación anterior de que creación artística y creación cultural no son exactamente lo mismo), y así a lo largo de todo su articulado<sup>32</sup>. Sin embargo, al igual que sucede con la creación artística,

---

de un *fumus artis*, de indicios que crean la apariencia de ser creación cultural [...]» (1992: 238-239).

<sup>27</sup> J. Prieto de Pedro (1992: en especial, 50-57 y 193-211).

<sup>28</sup> *Ibid.*: 50-51.

<sup>29</sup> Cfr. R. Velázquez Álvarez (2018), «Artículo 44», en P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario (1978-2018), Libro homenaje a Luis López Guerra*, v. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 841-849.

<sup>30</sup> Sobre la protección del patrimonio cultural del art. 46 CE: J.-M. Alegre Ávila (2018), «Artículo 46», en P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución española... op. cit.*, págs. 863-871. Igualmente, J.-M. Alegre Ávila (2018), «Artículo 46», en M. Rodríguez-Piñero y M.-E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española, XL aniversario*, v. 1, Las Rozas (Madrid): Fundación Wolters Kluwer/Boletín Oficial del Estado/Tribunal Constitucional/Ministerio de Justicia, págs. 1375-1382.

<sup>31</sup> J.-M. Alegre Ávila (2018), «Artículo 149.1. 28ª», en M. Rodríguez-Piñero y M.-E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios... v. 2, op. cit.*, págs. 1441-1457.

<sup>32</sup> Art. 48: «[...] la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural»; el art. 50 protege el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad «mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de [...] cultura»; el art. 149. 2 CE plasma de manera rotunda que «el Estado considerará el

la Constitución no proporciona una definición concreta de este concepto y ha tenido que ser la doctrina, a través de consolidados trabajos<sup>33</sup> y el Tribunal Constitucional, mediante un hatillo de destacados pronunciamientos, los que han ido afinando el sentido de la expresión, a efectos estrictamente jurídicos<sup>34</sup>.

Por solo citar algunas de las construcciones teóricas más relevantes, Prieto ha propuesto la separación entre la dimensión negativa (lo que *no es* cultura) y la dimensión positiva, recurriendo a gráficos círculos concéntricos de contenido. El primero, núcleo básico o medular, estaría integrado por el arte, la literatura, la ciencia y la técnica, que es propiamente el que aquí nos interesa. El segundo, de encuadramiento institucional del anterior, donde incluye las instituciones, procedimientos, actividades, que actúan como cauces de creación y transmisión del primero (educación, bibliotecas, conservatorios de música, etc.). En fin, un tercer círculo de proyección, ceñido a la extensión de la cultura hacia otras materias ajenas en principio a ella (como el medio ambiente, el turismo y el ocio)<sup>35</sup>. Según este autor, la creación cultural se distinguiría de la mera expresión vital de los individuos carente de simbolismo cultural, a fin de poder perdurar socialmente; es necesario, pues, que exista un *minimum novum* simbólico<sup>36</sup>. M. Vaquer Caballería, por su parte, ha definido la cultura desde el punto de vista jurídico como «el cúmulo de manifestaciones de la creatividad humana a las que la sociedad —institucionalizada o personalizada en el Estado— atribuye un valor intelectual

---

servicio de la cultura como deber y atribución esencial». Véase, en particular, J.-M. Alegre Ávila (2018), «Artículo 149.2», en M. Rodríguez-Piñero y M.-E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios...* v. 2, *op. cit.*, págs. 1499-1507.

<sup>33</sup> Baste, a los efectos de este trabajo, con una sucinta referencia a ciertas obras destacadas: J. Prieto de Pedro (1992: 193-211); M. Vaquer Caballería (1998: 91-106); L. Martín Rebollo (2000), «Cultura y Derecho», en F. Sosa Wagner (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, v. 3, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 4187-4214; F. Balaguer Callejón (dir.) (2003), *Derecho Constitucional y cultura*, Madrid: Tecnos. En el ámbito cultural más específico del cine, es obligada cita la monografía de S. de la Sierra Morón (2010), *Derecho del cine: administración cultural y mercado*, Madrid: Iustel, en especial, págs. 35-37. De la misma autora: (2008), «Derechos fundamentales y cine en el Consejo de Europa», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, v. 2, Zaragoza: El Justicia de Aragón, págs. 1959-1975. Este trabajo está también publicado en *Revista de Administración Pública*, 31 (2007), págs. 383-404. También en el ámbito del cine: J. Benet (2004), *La cultura del cine*, Barcelona: Paidós.

<sup>34</sup> En este sentido, como señala M. Vaquer Caballería (1998: 92), no se puede acoger sin más alguna de las acepciones estudiadas por otras disciplinas, como la antropología o la filosofía, puesto que «el concepto cultura experimenta un cambio semántico cuando adquiere un uso jurídico, por la simple inserción del término en los textos normativos».

<sup>35</sup> J. Prieto de Pedro (1992: 194-211).

<sup>36</sup> *Ibid.*: 237.

o estético»<sup>37</sup>. Parece, pues, que la referencia al carácter simbólico, creativo, de un lado, y al valor estético o intelectual, de otro, aparecen como las notas distintivas de la creación artística mayoritariamente asumidas por la doctrina<sup>38</sup>.

Ahora bien, hay que tener presente que el hecho de que la creación artística tenga relación directa con la noción de cultura y que, como acaba de decirse, pueda incluso ser vista como una especie dentro de ese género, sigue sin ayudar a concretar el *contenido* de aquella. En efecto, aunque conectemos, a través de la interpretación sistemática, ambas nociones —suponiendo que pueda admitirse un concepto claro y pacífico de cultura, lo que tampoco resulta evidente, no al menos desde el texto constitucional—, esto no resuelve las dudas sobre la noción misma de *arte*, si se conviene en que no se trata de términos completamente equivalentes. Las dudas sobre el concepto de creación artística no pueden, por tanto, resolverse acudiendo únicamente a una interpretación sistemática y tomando la cultura como concepto matriz.

Podrá decirse que, en todo caso, tampoco es necesario jurídicamente acudir a una noción precisa de *creación artística* o de *obra de arte* porque todas las creaciones protegidas por el art. 20. 1 b) formarían parte del concepto más amplio de creación cultural, de manera que, a efectos de su tratamiento jurídico, esta noción sería suficiente. Bastaría con asumir el planteamiento de que, ante una forma u otra de creación cultural, el cauce de protección es el art. 20. 1 b), para sortear el casi irresoluble problema de definir *qué sea el arte*. De hecho, como se ha dicho, muchos autores prefieren hablar, a propósito del reiterado precepto del derecho a la creación cultural<sup>39</sup>. Es, desde luego, una opción posible, pero no exenta de inconvenientes porque habría que partir entonces de un concepto pacífico de cultura, lo que sigue sin estar resuelto de manera evidente. La mayor amplitud de este término facilitaría en cierta manera la labor del intérprete, pero, al mismo tiempo, de adoptarse un concepto excesivamente amplio de la noción cultura

---

<sup>37</sup> M. Vaquer Caballería (1998: 94).

<sup>38</sup> Vaya por delante que se trata de las aportaciones doctrinales más sólidas con las que hoy contamos en nuestra doctrina. Sin embargo, aunque resultan indiscutiblemente valiosas y desde luego enormemente útiles a la hora de distinguir, en un supuesto dado, lo cultural de lo no cultural, tampoco están, sin embargo, exentas de dificultades, ni pueden considerarse del todo acabadas. Desde el punto de vista del derecho positivo, el valor estético, simbólico, creativo o intelectual son notas que no aparecen expresadas de manera directa en la Constitución. Por otra parte, como luego habrá ocasión de examinar, tampoco parece que estas notas constituyan, para nuestro Tribunal Constitucional, elementos definitivos a la hora de caracterizar una creación como cultural (o artística). Hay supuestos, como veremos, en los que lo simbólico, lo creativo, el elemento de la *ficción*, se dan la mano y, sin embargo, no son determinantes para enfocar el asunto a través del cauce del art. 20. 1 b) CE. Y aun suponiendo que lo fueran, sigue abierta la cuestión de lo que haya de entenderse por lo *estético*, cuestión que ni siquiera desde un plano estrictamente filosófico está por completo cerrada.

<sup>39</sup> Por todos, J. Prieto de Pedro (1992: 226-247).

—lo que ya en su momento fuera advertido por M. Vaquer—, de adoptarse un entendimiento omnicompreensivo, perdería toda su virtualidad práctica. Y haría difícil su distinción —añadimos— con la genérica libertad de expresión.

¿Qué conclusiones, en síntesis, se pueden extraer para nuestro estudio de todo lo expuesto? En primer lugar, a mi juicio, que, aunque del texto constitucional *no se pueda inducir una noción clara de la creación artística*, sí se encuentran algunas pistas interesantes. Algunas las hemos apuntado en líneas anteriores: que existe una cierta voluntad de separarla, de singularizarla, respecto de la genérica expresión de pensamientos e ideas. Que forma parte, además, de la noción más amplia de cultura. Y que, en la estela del espíritu constituyente, dicha expresión debería ser, en principio, *interpretada en un sentido amplio*. A esto habría que añadir, tras una lectura sistemática del texto constitucional, que, aunque tampoco exista una definición constitucional unívoca de la cultura, es incontrovertido que a lo largo del texto constitucional se subraya el *valor* capital que la cultura tiene en nuestro sistema constitucional, hasta el punto de que es un valor que se proyecta sobre buena parte de su articulado. Coincido con J. Prieto en que este dato, por lo demás bastante novedoso en nuestra historia constitucional, no puede dejar de ser visto como fruto del azar, a despecho de sus inescusables efectos jurídicos. Si el texto en sí mismo no nos ayuda a precisar de modo cerrado el contenido de la noción creación artística, la destacada valencia que la Constitución otorga al fenómeno cultural ha de servir al menos para ayudar a despejar las eventuales incertidumbres sobre si una determinada creación reviste el carácter de obra de arte.

Cuanto se ha dicho parte, no obstante, de la observación textual de la Constitución. Cosa distinta es que el Tribunal Constitucional haya ayudado en cada caso —o no— a delimitar la noción de referencia a través de sus pronunciamientos. Es lo que veremos a continuación.

## V. LA NOCIÓN DE CREACIÓN ARTÍSTICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha enfrentado a la cuestión de la libertad de creación artística, aunque, con carácter general, ha preferido situar estos supuestos en la órbita de la genérica libertad de expresión. Con todo, es posible realizar un breve repaso de esta jurisprudencia, no demasiado numerosa, con el fin de identificar si existe algún elemento específico que distinga las creaciones artísticas, a efectos de estudiar esta noción y, en su caso, el régimen jurídico de la misma. A simple vista, parece que podrían encajar sin dificultad en este concepto las obras que tradicionalmente han conformado las llamadas bellas artes<sup>40</sup> (pintura, música,

<sup>40</sup> Las bellas artes aparecen indisolublemente vinculadas, en la legislación del siglo XX, a las nociones tesoro histórico-artístico nacional, patrimonio histórico-artístico nacional y, más

escultura<sup>41</sup>). La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla, puesto que, como en seguida veremos, existen muchas creaciones que, aun reuniendo elementos propios de estas tres artes, se sitúan en un terreno incierto y es difícil distinguirlas de otras formas de expresión reconocidas en la Constitución, como la libertad de información o la de creación científica. Además, se suscita la oportuna interrogación a propósito de aquellas creaciones que podrían calificarse de «culturales», pero que no constituyen, en sentido estricto, ni pintura ni música ni escultura. En el caso de cine, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de reconocer expre-

---

cientemente, patrimonio histórico (o patrimonio cultural, rótulo que luce en buena parte de las leyes autonómicas del ramo). En otras palabras, a la regulación de los tradicionalmente signados como bienes histórico-artísticos (hoy, bienes históricos o bienes culturales), esto es, las *cose d'interesse storico e artistico* de la legislación italiana, cuya Ley de 1939 estuvo fuertemente influida por la española de 13 de mayo de 1933. En otros términos, el producto de las bellas artes, singularmente, de la pintura, la escultura y la arquitectura, han constituido el objeto tradicional de esta normativa. El llamado patrimonio cultural inmaterial es de incorporación reciente al acervo de los bienes históricos o bienes culturales.

Al respecto, y sin el menor propósito de exhaustividad, me permito una remisión a: M.-C. Barrero Rodríguez (1990), *La ordenación jurídica del patrimonio histórico* (prólogo de A. Pérez Moreno), Madrid: Civitas; R. Alonso Ibáñez (1992), *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural* (prólogo de R. Parada Vázquez), Madrid: Civitas; J.-M. Alegre Ávila (1994), *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico español. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 15 de junio, de Patrimonio histórico español*, 2 tomos (prólogo de L. Martín Rebollo), Madrid: Ministerio de Cultura. Véase, asimismo, M.-C. Barrero Rodríguez (1997), «La organización administrativa de las Bellas Artes. Unas reflexiones de futuro», *Patrimonio Cultural y Derecho*, 1, págs. 75-100.

<sup>41</sup> En este sentido, es de cita obligada la STC 35/1987, de 18 de marzo, en la que el Tribunal se plantea la posible aplicación de la libertad de creación artística a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Constitución. En el caso, se trataba de una escultura de Pablo Serrano vendida e instalada en un hotel de Torremolinos, que fue posteriormente retirada y desmontada. El asunto había sido objeto de la atención de tres instancias judiciales, la última definitiva y con efecto de cosa juzgada en el momento de plantear el recurso de amparo. Ante el Tribunal Constitucional se planteó la eventual extensión retroactiva del art. 20. 1 b) del texto constitucional, pretensión desestimada al entender el Tribunal Constitucional que la Constitución no permite una retroactividad de grado máximo y que es «manifiestamente inaceptable el argumento de que la situación que se estima vulneradora de los derechos fundamentales se ha perpetuado» (FJ 3).

Más allá de esta interesante cuestión sobre el derecho moral de autor, por lo que respecta estrictamente al propósito de diseñar una noción de creación artística, la sentencia simplemente confirma que una obra escultórica como la del caso entra fácilmente dentro de dicho concepto, cuestión, por lo demás, que tampoco parece demasiado llamativa a efectos de nuestro estudio.

Sobre este caso, véase E. García de Enterría (1992), «Pablo Serrano y el derecho moral de autor», en E. García de Enterría, *La poesía de Borges y otros ensayos*, Madrid: Mondadori, págs. 261-266.

samente que se trata, en efecto, de una manifestación cultural<sup>42</sup>, aclaración que tampoco parece sorprender en demasía. Sin embargo, pueden existir supuestos mucho más dudosos o controvertidos, sobre los que el Tribunal Constitucional no ha sido tan explícito. Examinemos esta materia con cierto detenimiento.

Uno de los primeros pronunciamientos constitucionales sobre la meritada cuestión fue la STC 153/1985, de 7 de noviembre, con un conocido voto particular de Rubio Llorente, muy interesante, por lo demás, a efectos de nuestro estudio. En este supuesto, el Tribunal se enfrentaba a un conflicto de competencias entre el Estado y Cataluña por un decreto autonómico que regulaba la calificación de los espectáculos teatrales y artísticos. El decreto partía de la libertad de representación de este tipo de espectáculos, con ciertas limitaciones: la calificación por edades y la calificación como categoría «S». El Estado defendía su competencia en virtud de la cláusula del art. 149. 1. 17º, que atribuye a aquel la regulación básica de «todos los medios de comunicación social», dentro de los cuales habría que incluir, a su entender, el libro, el cine, el teatro y los espectáculos artísticos (incluyendo las normas básicas de calificación de estos). Cataluña invocaba, en cambio, su competencia en materia de cultura y espectáculos. El Tribunal, sin embargo, para concluir en el título competencial de prevalente puesta en escena, lleva el debate por el cauce del art. 20 —que, por cierto, no había sido invocado, como señala Rubio Llorente en su voto particular— para asignar la competencia al Estado en el caso de la calificación por edad (pues, entiende, se trata de una *limitación* a este derecho fundamental) y a la comunidad autónoma en lo relativo a la calificación «S» (por no tratarse de una limitación del derecho propiamente dicha y encajar en su competencia en materia de espectáculos). El Tribunal hace, por lo demás, una declaración de interés para nuestro tema sobre la que más adelante volveremos: la producción y creación literaria, artística, científica y técnica —señala— «no es sino una concreción del derecho [...] a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones», una conclusión afirmación de la que disiente el autor del voto particular, para quien, por el contrario, la libertad de creación artística constituye un *derecho autónomo*.

¿Puede encontrarse en este pronunciamiento alguna pista sobre el alcance de la noción *creación artística*, válido a nuestros efectos? Lo cierto es que las declaraciones del Tribunal poco aclaran o añaden a lo que ya se ha dicho en el apartado anterior. Sí señala que, en este caso, «no es la protección de los *valores culturales* el aspecto que la norma impugnada toma en consideración al establecer y regular la calificación de los espectáculos teatrales y artísticos», sino que encaja «más bien, dentro de la materia de *espectáculos*». De esta afirmación podría entenderse que los espectáculos teatrales o artísticos no forman parte, como antes hemos defendido, de la genérica categoría *cultura*; que se trata, en definitiva, de nociones distintas, aunque discurren, más o menos, en paralelo. No parece, sin embargo, que las palabras del Tribunal hayan de entenderse de ese modo, y esto porque en la oca-

<sup>42</sup> STC 35/2016, de 3 de marzo (FJ 4).

sión prima, tal es el objeto del proceso constitucional, la vertiente estrictamente competencial. Visto desde esta perspectiva, podríamos afirmar que, aunque los espectáculos encajan (como parece lógico) en el ámbito de lo artístico y lo cultural, *a los solos efectos competenciales*, en este supuesto es más relevante el *sustantivo* —espectáculos— que el *adjetivo* —cultural—. Aunque, en principio, reducido interés se desprende de estas declaraciones en relación con la noción estudiada, sí saca a relucir las diversas aristas del tema.

El debate sobre los títulos competenciales «espectáculos públicos» y «cultura» también se planteó en la STC 177/2016, de 20 de octubre, de importancia destacada para nuestro objeto. En este pronunciamiento, el Tribunal declaró inconstitucional la ley catalana que prohibía en su territorio las corridas de toros por invadir las competencias estatales en materia de cultura; más concretamente, el servicio a la cultura del art. 149.2 CE y la competencia estatal sobre protección del patrimonio cultural del art. 149.1.28 del texto constitucional. El enfrentamiento se suscitaba entre estos títulos competenciales estatales y las competencias autonómicas en materia de «espectáculos públicos» y de «protección de los animales». Y, aunque, como se ha dicho, espectáculos y cultura no tienen por qué ser vistos —en términos teóricos y abstractos— como términos antagónicos, a efectos competenciales la sentencia otorgó preponderancia al servicio a la cultura del Estado, afirmando la vulneración de esta competencia por la normativa autonómica abolicionista<sup>43</sup>. Una sentencia muy controvertida —varios fueron los votos particulares que se esgrimieron frente a la opinión mayoritaria<sup>44</sup>— que,

---

<sup>43</sup> En este sentido, aunque el Tribunal Constitucional reconoce que la cultura es competencia propia e institucional tanto del Estado como de las comunidades autónomas (*competencia concurrente*) en sentido estricto, existe un área de preferente atención para el Estado en lo relativo a la preservación del patrimonio cultural común, así como lo que precise de tratamientos generales o que no puedan lograrse desde otras instancias. De manera que «el Estado por la vía del art. 149.2 CE puede intervenir en materias culturales, bien de manera especialmente intensa en relación con aquellas cuestiones que requieran de tratamientos generales o que exijan de una acción pública supraordenada a la de una o varias Comunidades Autónomas» (FJ 5).

<sup>44</sup> Dos votos particulares firmados por Juan Antonio Xiol Ríos y por Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré, respectivamente. Para un análisis profundo de la sentencia y de estos votos particulares, véase J.-M. Alegre Ávila (2017), «Toros y patrimonio cultural: la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial (consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016, de 20 de octubre)», *Patrimonio cultural y Derecho*, 21, págs. 551-607. El autor defiende la tesis de que el asunto podría haber encontrado buena cabida en el art. 149.1.28 CE, en tanto que «defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación». En efecto, si hay consenso en admitir que la tauromaquia es una *manifestación cultural y patrimonio cultural inmaterial*, entiende que el título competencial específico «es el que singularmente puede esgrimirse frente a una medida prohibitiva o abolicionista de una manifestación cultural, esto es, la protección o defensa frente a la expoliación de aquellas manifestación o expresión»:

aunque en principio se limitaba a resolver un estricto problema competencial, sustanció, propiamente, un debate de diferente tenor al traducirse en una toma de posición concreta sobre el concepto de *cultura*. En lo que ahora interesa, se afirma expresamente que las corridas de toros constituyen un «fenómeno histórico, cultural, social, artístico, económico y empresarial» y que «pueden formar parte del patrimonio cultural común que permite una intervención del Estado dirigida a su preservación *ex art.* 149. 2 CE»<sup>45</sup>. Deja claro, por tanto, que los toros son *cultura* para el Tribunal Constitucional<sup>46</sup>, de modo que cualquier legislación autonómica que niegue o adultere este fenómeno supondría una contravención del art. 149. 2 CE. Una doctrina que cuajó en la posterior STC 134/2018, de 13 de diciembre, que enjuiciaba una ley balear de regulación de las corridas de toros y espectáculos taurinos. Este último pronunciamiento viene a confirmar la idea de que las corridas de toros forman parte del *patrimonio cultural inmaterial* español, cuya protección corresponde al Estado, idea que había sido, por cierto, previamente defendida por J.-M. Alegre Ávila<sup>47</sup>.

Otra de las sentencias de obligada mención, clásica ya en el ámbito de la libertad de creación artística, es la STC 176/1995, de 11 de diciembre («*Makoki*»). Se trataba, en el supuesto, de la publicación en España del álbum «Hitler=SS», del guionista Gourio y el dibujante Vuillemin —ambos franceses— por la editorial Makoki. Un cómic o tebeo, en palabras del Tribunal Constitucional, «de ficción», «sin la menor pretensión histórica», que narra episodios del Holocausto y de los campos nazis de exterminio en tono provocador, de mofa, con expresiones que incluso podrían parecer despectivas hacia el colectivo judío. En lo que ahora interesa: a pesar de que, a simple vista, un tebeo satírico como el del caso parecería situarse en el ámbito de la creación artística, el Tribunal Constitucional, sin embargo, en ningún momento lo cataloga como tal, ni se refiere al apdo. b) del art. 20. 1 CE. Toma en consideración el medio —*tebeo*— a través del que esta publicación se materializa («un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario»), pero solo a efectos de deducir que sus destinatarios serán

---

(*ibid.*: 592). Por lo demás, Alegre Ávila se refiere al caso similar de la Ley balear 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en Illes Balears, y deja planteadas algunas ideas interesantes, que tuvieron su reflejo posterior en la STC 134/2018, de 13 de diciembre.

<sup>45</sup> FJ 6.

<sup>46</sup> Y ello aunque, como reconoce expresamente, «las concepciones que los diversos poderes públicos responsables de cumplir el mandato del art. 46 CE puedan tener de lo que se entienda como expresión cultural susceptible de protección, pueden ser comunes y también heterogéneas, e incluso opuestas». Una variedad de concepciones que, sin embargo, según afirma el Tribunal, se ha de manifestar conforme al orden constitucional de distribución de competencias y «no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura al amparo del art. 149.2 CE» (FJ 7).

<sup>47</sup> J.-M. Alegre Ávila (2017: 592-607).

en su mayoría niños y adolescentes a los que es necesario proteger, y no para calificarlo de creación artística o cultural. Es más, el tribunal *lo excluye expresamente del perímetro de la cultura*, le niega todo valor cultural<sup>48</sup>, por entender que es *racista, destructivo*, «desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos». No solo no se integra, para el Tribunal, en el concepto de lo cultural, sino que tampoco «encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la perspectiva literaria», una expresión que recuerda bastante a la que reproducíamos al inicio de estas páginas al hilo del texto de Flaubert, sobre qué es o qué debe ser la literatura. Parece, pues, como si el Tribunal manejara *un concreto concepto* de lo cultural, que tampoco se ocupa de aclarar ni definir, pero que le sirve para negarlo en el supuesto y llevarlo, en consecuencia, por los cauces de la genérica libertad de expresión<sup>49</sup>. Según este planteamiento, el fenómeno cultural solo podría ir en consonancia y con pleno respeto de los valores mayoritariamente asumidos o constitucionalmente aceptados, de los que aquel revestiría la forma de mera *concreción*<sup>50</sup>.

Con independencia de la crítica de fondo que se pueda formular a esta aproximación y de los riesgos que esta tesis entraña de ser asumida en su literalidad, lo cierto es que el Tribunal, en mi opinión, *confunde los planos* eventualmente concernidos. Una cosa es que existan *límites* a esta libertad constitucional, que, como todas, no puede tener carácter absoluto, de manera que los demás derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución tengan virtualidad para constreñir o perfilar el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de creación artística, y otra muy distinta es que se le niegue de antemano el carácter cultural, que se la excluya frontalmente de su pertenencia a la noción de creación artística. Noción y régimen jurídico deberían, entiendo, separarse en el plano conceptual. Sea como fuere, la idea es clara: en este pronunciamiento, el Tribunal parece asumir un concepto de lo artístico o lo cultural bastante más restringido de lo que se desprende de la observación del propio texto constitucional, según se ha analizado en el apartado anterior.

<sup>48</sup> FJ 5.

<sup>49</sup> Más aún, lejos de canalizar el tratamiento del asunto por la vía de la creación artística, el Tribunal se plantea si el tebeo forma parte de la libertad de información (puesto que los editores son sujetos activos de este derecho), aunque termina negando esta aproximación.

<sup>50</sup> No puedo, por esta razón, compartir la posición del Tribunal Constitucional, y coincido con L.-M. Díez Picazo cuando señala que «los sentimientos morales predominantes en un momento y un lugar no pueden convertirse en canon de lo que es artísticamente lícito, entre otras razones porque no existe genuina creatividad artística —que es un bien jurídico constitucionalmente protegido— sin una cierta dosis de heterodoxia. De ahí que la obscenidad no sea razón suficiente para que los poderes públicos puedan prohibir la difusión de obras literarias y artísticas» —L.-M. Díez-Picazo (2021), *Sistema de Derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5ª ed., pág. 349—.

En otro plano, ¿puede un documental considerarse creación artística a efectos de su protección constitucional? La cuestión no deja de resultar compleja, pues en muchos casos la frontera entre arte, producción histórico-científica y libre información se desdibuja enormemente. En general, nuestro Tribunal Constitucional ha preferido enfocar estos supuestos bajo la lente de la producción científica o la libertad de información. Así, en la STC 43/2004, de 23 de marzo, el Tribunal enjuiciaba el caso del reportaje-documental «Sumaríssim 477», dirigido y realizado por una periodista e historiadora y aparecido en el canal autonómico TV3, en el que se exponía la trayectoria vital y política de Manuel Carrasco i Formiguera, con la narración de hechos acaecidos en años anteriores a la Guerra Civil, entrevistas a varios familiares de los protagonistas y una simulación final del Consejo de Guerra al que este político fue sometido en 1937. Los demandantes en amparo entendían vulnerado su derecho al honor porque la información se presentaba, a su entender, con el objeto de convencer a los espectadores de que las declaraciones de Trías Beltrán (padre de los recurrentes) habían sido decisivas para la condena de muerte dictada por el tribunal militar.

El Tribunal centra el debate en las libertades de expresión, información y, muy especialmente, en la *libertad de producción y creación científica*. Termina otorgando, en el caso, una posición preferente a esta última libertad. Un planteamiento del que parece desprenderse que estas libertades *no son en todo caso excluyentes*, sino que, al contrario, pueden aparecer como concurrentes en un supuesto dado. En este caso, no obstante, el Tribunal identifica *un dato o aspecto predominante* para enjuiciar el asunto según uno u otro prisma; más concretamente, se centra en el hecho de que se tratara de *hechos históricos*, que la autora fuera una *historiadora* y que hubiera una *detallada investigación* detrás de la creación final para enfocar preferentemente el asunto desde el prisma de la creación histórico-científica.

Esto último no deja de plantear interrogantes respecto de eventuales creaciones artísticas en las que los elementos de corte histórico-científico pueden asimismo darse cita. ¿Ha de darse entonces preferencia al componente artístico o ser vistas ante todo como trabajos histórico-científico? El tratamiento y los cánones de enjuiciamiento podrían ser, en consecuencia, distintos. Podríamos, incluso, llegar a admitir que existen creaciones que reúnen el doble carácter artístico e histórico-científico. Pero ¿cómo definir o identificar, entonces, ese componente *artístico*? El problema de la *noción* seguiría sin resolverse y habría que ver, a efectos de seguir delimitándola, cuál es el elemento —si es que lo hay— que permita calificar de *artísticas* este tipo de creaciones, del mismo modo que el Tribunal Constitucional se ha servido, en el supuesto anterior, de ciertos datos para enfocar preferentemente la cuestión desde la perspectiva de la creación científica. ¿Acaso el elemento *estético*, un cierto componente de *ficción*? Lamentablemente, el Tribunal Constitucional no ha aportado demasiada luz sobre este punto, pues por lo general ha sobrevolado la noción de creación artística dejando abiertos demasiados interrogantes.

Sí hay, no obstante, algún pronunciamiento que aporta alguna pista a la cuestión planteada, como la STC 51/2008, de 14 de abril. En este pronunciamiento no se enjuiciaba la libertad de producción artística del art. 20.1 b), sino, más específicamente, la libertad de producción literaria. Sin embargo, contiene una argumentación en cierto modo trasladable a la libertad de creación artística (de hecho, el propio Tribunal Constitucional se refiere a esta última en su argumentación). En el caso, se enjuiciaba el pasaje de una novela de Manuel Vicent en la que se contenía una descripción de un burgués barcelonés, hijo de María Moliner, que vulneraba el derecho al honor del primero, a juicio de la viuda. El Tribunal Constitucional deniega el amparo por entender que no existía, en el supuesto, vulneración del derecho al honor y realiza una serie de declaraciones de interés en lo relativo a las libertades enfrentadas. El Tribunal afirma sin dubitaciones que:

[...] el texto litigioso constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria. Si bien la demandante y algunas de las resoluciones previas han aludido en algún momento a las libertades de información y de expresión, el hecho de tratarse de un fragmento de una novela que cuenta con diversas ediciones permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico, reconocido en la letra b) del art. 20.1 CE junto a la producción y creación artística, científica y técnica.

Para el Tribunal Constitucional, el carácter *ficticio* de la obra (no son memorias, dice), resulta decisivo para enfocar el asunto desde el prisma de la creación literaria, cuyo objetivo principal es «proteger la libertad del propio proceso creativo». Afirma que:

Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da *nacimiento a una nueva realidad*, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que *no se identifica con la realidad empírica*. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre [cursivas añadidas].

De este pronunciamiento se pueden subrayar dos ideas. Por un lado, se reconoce que la libertad de creación literaria —y artística, podríamos añadir— tiene cierta autonomía respecto de la genérica libertad de expresión y, en consecuencia, se pueden derivar especialidades en su tratamiento jurídico distintas de las que operan en el resto de libertades reconocidas en el art. 20 CE (así, que no sea posible trasladar automáticamente el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre). Además, se observa que, para el Tribunal Constitucional, un cierto componente de ficción en la obra es importante a la hora de

darle el carácter de obra literaria (y también artística). Y, sin embargo, tampoco se puede concluir que este sea el componente determinante, como a continuación veremos, de manera que lo que sea o no creación artística y que, en consecuencia, pueda generar particularidades en su tratamiento jurídico, queda en buena medida en la sombra.

Es lo que se extrae de la lectura de una sentencia algo posterior, la STC 34/2010, de 19 de julio. En este caso, se trataba de un docudrama, «Sin hogar», sobre la vida y experiencias personales de un menor en el que los hechos y situaciones reales se combinaban con otros ficticios, y cuya emisión en televisión había sido suspendida de manera indefinida. Esta vez sí, las recurrentes en amparo (la productora y la cadena de televisión) denunciaban la lesión, junto con las libertades de expresión e información, de la *libertad de creación artística*.

El Tribunal parte de la base de que, en este caso, la obra «no era, tan sólo, un documento informativo», sino que «se trata de un docudrama en el que lo esencial de la historia se corresponde con hechos y situaciones reales, si bien mezclada con situaciones y diálogos inventados»<sup>51</sup>. De manera que se plantea nuevamente la posible concurrencia de ambas libertades. Sin embargo, «no se trata en esta ocasión de crear una obra por completo nueva, sino que los autores de la película y las entidades mercantiles recurrentes en amparo pretendieron realmente hacer llegar a los espectadores su versión e interpretación de unos hechos reales y recientes, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información»<sup>52</sup>.

El Tribunal otorga, por estas razones, primacía a la libertad de información en el caso, «si bien a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales *deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual*»<sup>53</sup> [cursivas añadidas], lo que parece sugerir que el carácter artístico de una obra conlleva, en todo caso, ciertas consecuencias en lo relativo a su tratamiento jurídico. Por lo demás, el Tribunal termina anulando por vulneradora del derecho fundamental concernido la suspensión de su emisión televisiva, por su carácter indefinido<sup>54</sup>. Antes, sin embargo, realiza otra declaración de importancia para nuestro tema. Al contrario de lo que había hecho la STC 153/1985, en la que se afirma que la libertad de creación artística es una mera concreción de la genérica libertad de expresión, en esta ocasión sostiene que la inclusión de la libertad de creación artística en la Constitución «le otorga la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección».

<sup>51</sup> FJ 3.

<sup>52</sup> FJ 3.

<sup>53</sup> FJ 3.

<sup>54</sup> «[...] resulta contrario a la habilitación legal, y consecuentemente a la Constitución, una medida cautelar que venga a impedir de manera definitiva o indefinida la difusión de una obra informativa sin el procedimiento declarativo o específico correspondiente» (FJ 6).

Por lo que respecta a la noción de *creación artística*, de la STC 34/2010 se pueden destacar algunas ideas interesantes. Primera, el Tribunal confirma que uno de los elementos que parecen definir por excelencia la obra artística es el de la *ficción*. El arte, la creación artística, sería, ante todo símbolo, alegoría. Crea una realidad nueva *distinta* de la realidad en la que se basa. Porque, en este caso, fue precisamente el hecho de que no se tratara de una obra por completo nueva, sino que se proporcionara a los espectadores una concreta versión de unos hechos reales, lo que llevó a encauzar la resolución de la controversia por el sendero de la libertad de información. Ahora bien, que una obra no sea completamente nueva u original —¿cuál lo es?—, que se base en unos concretos hechos reales —¿qué obra no encuentra su raíz más o menos lejana en una realidad?—, que sea más reportaje que ficción, tampoco impide al Tribunal reconocerle su componente artístico. Incluso en el caso analizado, en que se dio preferencia a la libertad de información, el Tribunal subrayó *las especialidades que se podían derivar del aspecto creativo de la obra audiovisual*<sup>55</sup>. La ficción tampoco es, como ocurría en el supuesto de la obra de tono histórico, el elemento exclusivo para reconocer la naturaleza artística de una obra. Hay algo más.

Que el componente ficticio no es para el Tribunal el elemento decisivo a la hora de enfocar un asunto por la vía de la creación artística es algo que confirma la STC 23/ 2010, de 27 de abril. En este caso, se enjuiciaba una caricatura publicada por la revista humorística *Noticias del mundo* de Isabel Iglesias Preysler, consistente en un montaje de fotografías del rostro de la interesada y el cuerpo desnudo de otra mujer, y se alegaba la lesión del derecho al honor y la propia imagen de la primera. El Tribunal, nuevamente, no enfoca el asunto desde la perspectiva de la libertad de creación artística, a pesar de reconocer que se trata de una caricatura, que «perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la imagen» y a pesar de que se cita expresamente jurisprudencia del TEDH en la que este tipo de sátira constituye una forma de expresión artística<sup>56</sup>. De modo que ni el componente ficticio (deformación de la realidad) ni el satírico, propios de la caricatura, son determinantes para valorar el asunto desde el prisma del art. 20.1 b) CE, de la libertad de creación artística<sup>57</sup>.

Si la *ficción* no es un elemento decisivo para considerar una obra como creación artística a efectos de su protección constitucional, ni tampoco su carácter irónico o satírico, ¿podría serlo la *técnica* utilizada en dicha obra? En otras palabras, ¿el hecho de estar ante un *dibujo*, ante una *representación gráfica* de una concreta realidad, determina la aplicación del art. 20. 1 b) CE? Esto es algo que no aclaró del todo la STC 81/2001, de 26 de marzo, donde se enjuiciaba un anuncio publi-

<sup>55</sup> FJ 3.

<sup>56</sup> FJ 5.

<sup>57</sup> FJ 3. Y ello a pesar de que el Tribunal se remite a pronunciamientos del TEDH en los que este tipo de sátira constituye una forma de expresión artística (así, *ad exemplum*, STEDH de 25 de enero de 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*).

citario en el que, a través de un *dibujo*, se representaba a un cantante conocido por su peculiar manera de vestir y su canción titulada «Me huelen los pies», con una leyenda que decía «la persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies». Un *dibujo*, pues, en el que se evitaba reproducir el rostro de la persona y su nombre, a pesar de ser perfectamente identificable. El recurrente en amparo había alegado, como en el supuesto anterior, vulneración del derecho a la propia imagen; el Tribunal Constitucional denegó el amparo por considerar que la imagen reproducida en esta ocasión no afectaba a la dimensión *personal* de este derecho, sino solo a su imagen como personaje popular, puesto que no se reproducía su rostro o rasgos físicos, sino ciertas características peculiares de un personaje televisivo. Por las razones expuestas, aunque el Tribunal considera implicadas, sí, la libertad de información, de expresión y de creación artística, no necesita ir más allá en su razonamiento. De manera que deja en cierto modo abierta la cuestión de en cuál de estas libertades habría, en particular, que poner el acento o de si todas ellas constituyen vías jurídicas indiferentes o igualmente pertinentes en cuanto a su protección.

La más reciente sentencia que se ha referido a la libertad de creación artística ha sido la STC 81/2020, de 15 de julio, en la que se enjuiciaba la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la comunidad autónoma de La Rioja. Entre los diversos motivos que se alegaban para fundamentar la inconstitucionalidad de esta norma, se aducía que la prohibición y limitación de utilizar animales para la filmación de escenas que en ella se recogía era contraria a la libertad de expresión y de creación literaria y artística. Para los recurrentes, esta ley, al exigir una autorización previa de la Consejería competente para la filmación de escenas ficticias de crueldad, maltrato o sufrimiento de animales, con el fin de garantizar que el daño sea simulado y sin perjuicio para el animal, instauraba, según aquellos, un sistema de censura previa. El Tribunal rechaza que esta regulación vulnere la libertad de expresión y de creación artística.

Más allá del interés de esta declaración, por lo que hace a los límites de la creación artística, la sentencia contiene otros pronunciamientos interesantes en cuanto a la caracterización constitucional de esta libertad. Por un lado, afirma que se trata de «una concreción del derecho fundamental a la libertad de expresión, si bien con un ámbito de protección propio». Una declaración que parece recordar, en cierto modo, a las de la lejana STC153/1985, de 7 de noviembre, en la que también se afirmó que esta libertad no era *sino una concreción de la genérica libertad de expresión* (conclusión no compartida, recuérdese, por el magistrado Rubio Llorente en su voto particular, para quien la creación artística constituía un derecho fundamental autónomo). Y declaración que, además, parece contradecir lo señalado en la STC 34/2010, de 27 de abril, que afirma que la libertad de creación artística tiene «la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección». Se vuelve, pues, o eso parece, a entender la creación artística como una concreción de la genérica libertad de expresión, aunque añadiendo que con un ámbito *específico* de protección. En este punto, y después del repaso

efectuado de la jurisprudencia constitucional relativa a la libertad de creación artística, sigue sin advertirse claramente a qué se refiere el Tribunal Constitucional con ese «ámbito específico de protección», cuestión que, desde luego, sigue abierta en el conjunto de sus distintos pronunciamientos.

## VI. LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA COMO ESPECIE DE LA GENÉRICA LIBERTAD DE PENSAMIENTO/OPINIÓN: UN CUADRO IMPRESIONISTA INACABADO CON SUS PUNTOS DE FUGA

Lo expresado hasta el momento permite ahora formular algunas ideas sobre el estado actual de la libertad de creación artística en el sistema constitucional español y los problemas que están, a mi juicio, aún por resolver. ¿Es la creación artística una libertad autónoma, distinta de la genérica libertad de expresión? Según el planteamiento asumido en este trabajo, para poder fundamentar tal conclusión, es decir, reconocer a la libertad de creación artística el carácter de derecho fundamental autónomo, con particularidades propias respecto de la genérica libertad de expresión, es preciso que, por un lado, pueda dibujarse al menos una cierta *noción* de lo que haya de entenderse por creación artística, que la distinga de otras formas de expresión y, por otro lado, que a esa noción esté asociado un *régimen* o tratamiento jurídico propio. El texto constitucional, desde luego, no da noción, aunque sí es posible extraer del mismo —como se ha visto— algunas pautas que pueden resultar de utilidad a la hora de interpretar el concepto en su estricta proyección jurídica.

Por un lado, no puede ignorarse la idea de que la libertad de creación artística tiene un expreso reconocimiento constitucional y este dato es lo suficientemente relevante como para ver en él una voluntad de *singularizar* esa noción y distinguirla de otras formas de expresión de ideas o pensamientos. Una noción que, como también se ha visto, aparece indisolublemente ligada a la idea de *cultura*. Esta importante conexión conceptual puede servirnos, en nuestro análisis, para distinguir las creaciones artísticas de otro tipo de creaciones que encajan más propiamente en el ámbito de la genérica libertad de expresión. Sin embargo, y al no tratarse de conceptos completamente equivalentes, las dudas interpretativas tampoco pueden resolverse acudiendo en exclusiva a aquel concepto matriz de cultura (cuya interpretación, por lo demás, tampoco está libre de controversia). La conexión con la idea de cultura sí tiene, no obstante, implicaciones interesantes en lo relativo a la posible interpretación de la noción de creación artística. Si no es posible extraer un concepto claro de esta de la lectura del texto constitucional, sí se puede advertir que, dado el valor capital que la Constitución otorga a la cultura, proyectado a lo largo de todo su articulado, las determinaciones constitucionales al respecto pueden servir para despejar de manera positiva las eventuales dudas interpretativas e interpretar la noción en un sentido amplio. *In dubio pro*

*cultura*, podríamos decir. Se trata, claro, de meras pautas que, no obstante, no son en sí mismas suficientes; necesitan de una posterior tarea de concreción.

¿Y cuál es, en concreto, el alcance de la noción y las especialidades jurídicas —si es que las hay— que se derivan de esta libertad de creación artística para nuestro Tribunal Constitucional? Pocas luces arroja al respecto su jurisprudencia. Cuando el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de adentrarse en las interioridades de la libertad de creación artística, ha preferido abandonar este sendero metodológico, y tomar otro rumbo, sea el de la genérica libertad de expresión o bien el de otras libertades, como las de información o creación científica.

Poco es lo que la jurisprudencia constitucional ha aclarado en lo que se refiere al concepto de lo artístico. Más aún, cuando se ha referido a la cuestión, lo ha hecho en términos poco sistemáticos, cuando no, en ciertos casos, puramente contradictorios. En los treinta años de jurisprudencia constitucional en la materia, el Tribunal ha sostenido todas las tesis posibles: que se trata de una mera concreción de la genérica libertad de expresión; que constituye un derecho autónomo con un ámbito propio de protección; que se trata de una concreción de la libertad de expresión general, pero con un ámbito de protección específico... Todas las combinaciones posibles que no hacen sino enredar, aun más, una cuestión ya de por sí intrincada. Declaraciones que, por lo demás, no van más allá de ese plano, pues, como digo, a la hora de resolver las oportunas controversias, el Tribunal ha preferido canalizar su elucidación a través del recurso a las otras libertades reconocidas en el art. 20 CE y no ha aclarado, en concreto, cuál es ese ámbito de protección específico del que solo habla en términos abstractos y generales. No hay noción.

De la lectura de la jurisprudencia constitucional, por tanto, no se puede extraer *ningún rasgo o elemento* que permita distinguir una creación artística de otro tipo de creaciones o formas de expresión. No hay noción o, en todo caso, es una noción que está, en el actual estado de nuestra jurisprudencia constitucional, en buena medida *vacía de contenido*. En otras palabras, la libertad de creación artística del art. 20.1 b) es una ruta que existe —la Constitución la ha prefigurado—, pero que el Tribunal rehúsa transitar, de manera que a día de hoy *no sabemos*, con alguna certeza al menos, *adónde conduce exactamente*.

Una senda aún no explorada, en la que todavía hay más interrogantes que respuestas. Su noción y, en consecuencia, su tratamiento jurídico siguen rodeados de una neblina espesa que no permite elucidarlos con claridad. ¿Por qué? Sigue sin quedar claro si ello se debe a que el Tribunal Constitucional —quizá— parte de una cierta *preconcepción* de lo artístico, cuyas claves, sin embargo, continúan veladas o si, antes bien, ha preferido no construir una noción más o menos cerrada de la noción. Una noción que, sin embargo, se encuentra expresamente verbalizada en la Constitución, de suerte que el silencio guardado al respecto deja a aquella, como se dice, en una cierta penumbra. La consecuencia —criticable o no— es bastante clara: actualmente, *la protección de las formas de creación artística está estrechamente ligada al régimen de la genérica libertad de expresión* o, más pre-

cisamente, al de las demás libertades reconocidas en el art. 20 CE (así, la libertad de información o la libertad científica).

Esta situación invita a formular algunas reflexiones. ¿Es plausible la postura del Tribunal Constitucional? Lo cierto es que la creación artística es una noción que ha sido llevada expresamente al texto constitucional, y, en consecuencia, no puede llegarse al extremo de dejarla en la más completa penumbra jurídica. Por una parte, como se ha dicho, el propio reconocimiento constitucional justifica una consideración propia de esta noción. La llamada «doctrina del efecto útil» de las disposiciones refuerza esta idea. Es decir que, cuando una disposición puede ser susceptible de dos sentidos, es preferible elegir aquel del que pueda desprenderse un efecto útil, antes que aquel otro del que no se derive ningún efecto jurídico y que haga la expresión jurídicamente estéril. *Ut res magis valeat quam pereat*. Por otra parte, la estrecha vinculación de la creación artística con la idea de cultura aporta un *plus*, que separa el arte de otras genéricas formas de expresión. Aunque no exista una clara definición de cultura, como tampoco la hay de arte, no parece que sea discutible la idea de que libertad de expresión y libertad de creación artística no constituyen en todo caso conceptos absolutamente equivalentes o intercambiables. Si todas las creaciones artísticas encajan en la noción de libre expresión, no toda forma de expresión reviste carácter artístico. Eso parece claro.

Pero ¿cómo definir el arte? ¿Es legítimo que el derecho, que un tribunal, entre a objetivar un proceso —el artístico— que es eminentemente subjetivo? Si el derecho aspira a una cierta objetividad impuesta, por exigencias de la seguridad jurídica, el arte es, ante todo, subjetividad sugerida y se resiste, se ha resistido históricamente, a entrar en cánones o academicismos impuestos desde el exterior. Pretender que la libertad de creación artística es un derecho autónomo, distinto de otras formas de expresión, implica inevitablemente definir su objeto, acotar su perímetro de actuación, discernir *lo que es arte de lo que no lo es*, operación condenada al fracaso. Siglos de filosofía y estética demuestran que el fenómeno artístico es dinámico, inasible, *l'oiseau rebelle que nul ne peut apprivoiser*. Y que lo que, en ciertos momentos históricos, se ha considerado carente de valor artístico, años o décadas más tarde se exhibe en las más prestigiosas galerías de los museos.

A este propósito de definición o concretización del fenómeno artístico, siquiera sea para desprender del mismo un régimen propio y diferenciado, caben varias posibilidades y ninguna exenta de problemas. La primera hipótesis, intentar ofrecer una definición más o menos cerrada del objeto de estudio, lo cual puede conducir a encorsetar demasiado la noción y dejar entrar en su ámbito solo las formas artísticas que se ajusten a ciertos cánones fijados por el intérprete, cuando no, pura y simplemente, a su propia sensibilidad. Esta es la conclusión a la que conduce la tesis sostenida en la sentencia constitucional sobre el asunto *Makoki*, a saber, la negación del carácter cultural de una creación que no coincide con ciertos valores «socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos» y, en consecuencia, permitir la entrada en

la *noción* de arte lo que, en puridad, deberían configurarse como límites de la referida libertad.

Segunda hipótesis. Se adopta un concepto amplio, de mínimos, aproximándonos al fenómeno de una manera puramente indiciaria. Tal y como ha quedado dicho en páginas anteriores, es lo que parece pretender el texto constitucional. Una idea amplia de la cultura, que puede permitirnos resolver las dudas interpretativas, en principio, *pro cultura*. Esta opción tampoco está exenta de controversia puesto que puede conducir a la indeseable consecuencia de alargar de tal modo la noción de creación artística que la frontera con la genérica libertad de expresión quede desdibujada. En otras palabras, que resulte inútil hablar de una libertad autónoma por lo excesivamente amplio de la noción.

Tercera hipótesis. Dejar que la noción dependa de la propia calificación que realice el autor de su obra, de su propia voluntad. Es arte lo que el autor dice que es arte. Naturalmente, el autor siempre verá en su creación la forma más pura y perfecta de arte, y más si puede beneficiarse de una protección privilegiada. Nuevamente, la frontera entre libertad de creación artística y libertad de expresión genérica se desvanece.

La última hipótesis estibaría en hablar de un derecho autónomo (como hace el Tribunal Constitucional en algunos pronunciamientos), pero renunciar a su definición. Una aproximación que permite encajar de manera casuística los supuestos de creaciones artísticas según criterios no desvelados (o según una pre-concepción de lo que es el arte, tampoco revelada). Lo que puede conducir a tratar de manera sistemática cada caso, también en función de la propia sensibilidad del intérprete.

En la primera hipótesis se puede comprimir demasiado el concepto de arte. En la segunda y la tercera hipótesis, se tiende a igualar con cualquier forma de expresión. En la última, la noción queda en la sombra, a despecho de la más elemental seguridad jurídica. Y en ninguna se alcanza una solución satisfactoria, ni para el arte, ni para el derecho.

¿Es necesario acudir a cualquiera de las hipótesis sintéticamente enunciadas? Todo depende del perímetro de protección de la genérica libertad de expresión, de sus límites. La pretensión de dotar de autonomía a la libertad artística persigue fundamentalmente reforzar su protección por entender que la que proporciona la libertad de expresión no siempre es suficiente o adecuada. Quizá la solución pase, primero, por ver si todos los límites a los que está sometida la libertad de expresión están actualmente justificados o si, en cambio, es conveniente una cierta revisión. Porque, a la postre, el tema de reflexión no deja de plantearse en términos de *límites*, ahí está la clave de la caracterización de la libertad artística y de su autonomía como derecho fundamental. Y ahí ha de estar la clave de la indispensable reflexión.

En este sentido, por tanto, la genérica libertad de pensamiento/opinión no dejaría de ser sino un «supraconcepto» (a la manera del «contrato» respecto de sus especies «contrato privado» y «contrato administrativo», por ejemplo), que englo-

baría diferentes conceptos-especie, de las que la libertad de creación artística en todas sus formas (literatura, pintura, música, cinematografía...) sería una de ellas. Todo ello amparado o reconducido bajo el manto de la cultura, en los términos anteriormente expuestos y a los que se refiere tanto el Preámbulo de la Constitución como, más en concreto, sus arts. 48 y 149.2.

Así, pues, más allá de estas cuestiones e interrogantes, que, insisto, no están en absoluto cerrados, las páginas anteriores han pretendido mostrar el cada vez más precario papel del derecho ante un fenómeno como el cultural. De alguna manera subyace la idea de que la cultura, el arte, son fenómenos que en buena medida se sitúan extramuros del poder de disposición de los poderes públicos. Sin embargo, esta idea no puede llevarse al extremo de dejar en la penumbra jurídica una libertad que tiene su reconocimiento expreso en la Constitución. ¿En qué se puede traducir, en lo concreto, la consideración jurídica de la materia «cultura» y, dentro de ella, la aún más ambigua de «creación artística»? Eso es lo que interesa al derecho administrativo. Y, sin embargo, como se ha podido avizorar en las páginas anteriores, hay más preguntas que respuestas a ese respecto, porque es difícil contestar categóricamente a esas cuestiones. Digamos solamente que, puestos a apuntar algunas líneas acción y reflexión, todo conduce, al menos provisionalmente<sup>58</sup>, a la tríada clásica de las regulaciones administrativas. El derecho como instrumento que potencia la libertad y el derecho de creación (mediante mecanismos de becas, ayudas, premios, subvenciones y otros instrumentos de fomento), el derecho como plasmación del servicio público de la cultura (propiciando certámenes, exposiciones y museos en los que plasmar el resultado de la creación artística de los sujetos privados) y el derecho, al final, como regulador de los límites que en este caso tienen que ser tan amplios como permita el Código Penal (que es, en realidad, el verdadero y quizá único límite). En todo caso, la cuestión principal —el contenido del derecho o libertad de creación artística— continúa abierta y es difícil poder cerrarla porque el concepto de arte y de cultura que sirven de soporte a ese derecho son conceptos demasiado evanescentes e imprecisos. Demasiado indeterminados, podríamos decir. Y continúan abiertos. Son, como indico en el título, las pinceladas gruesas de un *cuadro impresionista inacabado*.

---

<sup>58</sup> Digo provisionalmente porque se trata de una línea de trabajo e investigación que pretendo continuar en el futuro inmediato y de la que este trabajo es una primera muestra. Una línea de trabajo que creo tiene muchas derivaciones y gran potencialidad en sus aspectos internos, pero también desde la perspectiva europea, donde la diversidad cultural puede ser un elemento de cohesión que contrapesa los aspectos estrictamente económicos que hoy por hoy protagonizan gran parte de las preocupaciones de la Unión.

