

El derecho a la libertad de expresión artística en el Estado constitucional cultural

NÉSTOR DANIEL LOYOLA RÍOS*

«Para comunicar nuestras ideas y sentimientos, la expresión artística constituye una forma más refinada y sofisticada que la expresión verbal». (Héctor Faúndez Ledesma, 2004, p. 188)

Resumen

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

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

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

Palabras clave: Libertad de expresión, arte, cultura, irreverencia, sátira.

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Autor de diversos artículos en materia constitucional. Correo electrónico: nestorloyola5@gmail.com

Sumilla

- I. Introducción
 - II. El Estado constitucional: entre el arte y la cultura
 1. Reflexiones sobre el arte y el derecho
 2. Una aproximación al concepto de arte
 3. El arte en el Estado constitucional de cultura
 - III. Diseño constitucional del derecho a la libertad de expresión artística
 1. Una referencia al sistema internacional de protección de derechos humanos
 2. El arte en la Constitución Política
 3. La expresión artística: entre la sátira y otros discursos afines
 4. Libertad de expresión artística: ¿existe un derecho a la irreverencia?
 5. Titulares del derecho
 6. Terceros intermediarios
 7. Contenido
 - 7.1. Derecho a crear arte
 - 7.2. Derecho a difundir arte
 8. Límites
 - IV. Casos emblemáticos a nivel comparado
 1. Las pinturas eróticas: Sentencia T-104/96 (08 de marzo de 1996)
 2. La exposición de arte religioso: Sentencia SU 626/15 (01 de octubre de 2015)
 3. La parodia pública: Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)
 4. El crédito político: BVerfGE 75, 369 (03 de junio de 1987)
 5. El cómico discriminador: Dieudonné M'Bala M'Bala v. Francia (20 de octubre de 2015)
 - V. Criterios interpretativos en el tratamiento del derecho a la libertad de expresión artística
 1. Toda interpretación del arte debe promover el acceso a la cultura
 2. La libertad de expresión artística no es un derecho exclusivo y excluyente de las mayorías
 3. El *animus iocandi* como rasgo caracterizador de las expresiones artísticas
 4. La calificación de expertos constituye un criterio referencial
 5. Las expresiones artísticas deben ser analizadas a partir de su contexto
 6. Se exige un mayor nivel de tolerancia cuando la expresión artística está dirigida contra funcionarios o personajes públicos
 7. La libertad de expresión artística goza de mayor protección si versa sobre asuntos de interés público
 8. Deben optarse por restricciones mínimas para favorecer la difusión del arte
 - VI. Censura y ¿rectificación? de las expresiones artísticas
 - VII. Conclusión
- Referencias

I. Introducción

La expresión de nuestras ideas u opiniones no solo se consigue mediante la palabra oral o la escritura, pues actualmente vivimos en una sociedad donde las personas también deciden exteriorizar su pensamiento a través del empleo de otras herramientas comunicativas, como lo es el arte. Así, por ejemplo, tenemos a las caricaturas que diariamente aparecen en las distintas revistas o periódicos, los cuadros pictóricos que se muestran en las galerías, las parodias humorísticas que se difunden por televisión, las canciones que son sintonizadas en las emisoras radiales, las obras de teatro o las películas, que encierran mensajes ocultos.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho plantea una discusión relevante desde el punto de vista constitucional, en la medida que la crítica amparada en el arte no es similar a la crítica tradicional, ya que su esencia misma tiende a ser vehemente, irreverente, burlesca, muchas veces ininteligible y contraria a las concepciones (morales, culturales, religiosas, etcétera) mayoritariamente aceptadas o, cuando menos, revolucionaria para buscar cambios en los cimientos de una sociedad determinada.

En ese sentido, este artículo tiene como propósito desentrañar el contenido que encierran las expresiones en el mundo de las artes, es decir, cómo deben ser entendidas en el marco de un Estado constitucional que reconoce la dimensión cultural del ser humano, cuáles son sus límites y qué criterios normativos podrían tomarse en cuenta para resolver colisiones entre los derechos o libertades fundamentales que puedan quedar enfrentados.

Por último, no quisiera culminar estas líneas sin ofrecer unas disculpas al lector por la crudeza de alguna imagen o contenido que, en aras de esta investigación, he creído conveniente compartir. Estoy seguro que ello nos acercará a una reflexión sobre este derecho fundamental.

II. El Estado constitucional: entre el arte y la cultura

1. Reflexiones sobre el arte y el derecho

El estudio del derecho en general y del derecho constitucional en particular, implica tener un enfoque interdisciplinario con distintos ámbitos del conocimiento humano. Por ejemplo, cuando se analizan los alcances del derecho a la vida o al medio ambiente, se requiere conocer algunos conceptos básicos que le son propios de las ciencias de la salud (fecundación, concepción, anidación, muerte clínica, etcétera) o las ciencias biológicas (biósfera, ecosistema, hábitat, etcétera), lo que sin duda alguna pueden representar terrenos movedizos para cualquier operador jurídico. Igual situación nos plantea la libertad de expresión artística, debido a la

importancia que cobra el significado del arte en el ejercicio y límites a esta libertad fundamental. En efecto, sus manifestaciones, concretizadas en canciones, imágenes, caricaturas o fotografías, pueden tener tanta o mayor fuerza que un mensaje de naturaleza verbal (Faúndez, 2004, p. 187).

Y es que nadie podría negar los diversos sentimientos que evocan al ver la fotografía del niño sudanés famélico con un buitre detrás al acecho; o la de Aylan Kurdi, el niño de tres años que murió ahogado, con su camiseta roja y short azul, en las costas de Turquía cuando trataba de huir con su familia de la guerra siria. Una experiencia similar puede predicarse con la música, donde melodías como la «Sinfonía N° 5» de Beethoven son capaces de hacernos sentir un sinfín de emociones en el espíritu o, inclusive, canciones como «Imagine» de John Lennon, que nos invita a reflexionar en un mensaje de paz y hermandad entre todas las naciones.

También obras pictóricas, como «El Grito» de Edvard Munch o «La Persistencia de la Memoria» de Salvador Dalí; la escultura, vista en la antigua Grecia con «El Discóbolo» de Mirón de Eleuteras o en el periodo renacentista del siglo XVI con «El David» de Miguel Ángel, constituyen una clara muestra de que el arte es un instrumento de comunicación que permite a las personas transmitir y recibir ideas o emociones, muchas veces, indescifrables.

2. Una aproximación al concepto de arte

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

La noción de lo artístico ha sido construido sobre la base de varios enfoques, entre los cuales podría mencionarse los siguientes: *i)* La imitación a la naturaleza —de antecedente aristotélico— que, expresando la imaginación del artista, puede ser de apreciación limitada para el espectador; *ii)* El despertar de las pasiones, porque con él pueden despertarse y vivificarse todas las pasiones, puede ofrecerse la ocasión de sentir lo noble, lo superior, lo verdadero, podemos ser incitados al entusiasmo; pero igualmente tiene poder el arte de conducirnos a través de toda miseria, de hacer representable el crimen, de hacernos partícipes de todo lo vergonzoso y horrible, voluntariamente y sin estremecernos por ello, nos puede guiar a las mayores pasiones y hacer que nos disolvamos en la imaginación y nos

sumerjamos en los ociosos juegos de la representación; *iii*) El fin moral, en donde las pasiones sean purificadas, reconciliadas y sometidas a valores superiores; y, *iv*) Histórico, que opta por considerar algunos datos sobre dónde el arte y lo bello fueron concebidos, para —a partir de ahí— no restringirse a las apariencias sino hacer frente a las realidades (Hegel, 2006, pp. 65-99).

Al respecto, creemos que el arte no tiene el deber de expresar lo bueno o dictar preceptos morales (Martínez, 2014, p. 42). Se trata de un libre juego de las facultades del entendimiento y la intuición, que son enlazadas mediante la imaginación. En ese marco, el juicio estético constituye una facultad subjetiva, de gusto o disgusto, frente a la obra de arte, para la cual la existencia o no del objeto representado es indiferente y, por ende, sin interés alguno (Cordero, 1999, p. 91). Después de todo, las expresiones artísticas son producciones estéticas por naturaleza, pero no desde el lente de quien las aprecia, sino de la persona quien les da vida.

3. El arte en el Estado constitucional de cultura

La expresión «Estado de Cultura» tiene su origen en la Alemania de la segunda mitad del siglo XX y como uno de sus máximos tratadistas al jurista Peter Häberle, quien es acaso el que mayor difusión ha tenido en América Latina. En su obra «Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura» reconoce que «[l]a Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos» (2000, p. 34).

En un Estado de Cultura es el elemento cultural el que permite reivindicar la esencia de la persona dentro del orden constitucional y entender la evolución social de toda una organización política. Por eso, se concibe a la dignidad humana como la premisa antropológico-cultural del Estado constitucional y a la democracia liberal como su consecuencia organizativa (Häberle, 2003, p. 169). La cultura se convierte, entonces, en el centro de gravedad del Estado y la Constitución, encarnando un concepto amplio, plural y de apertura hacia lo novedoso. Hace posible la presencia de diferentes comportamientos y manifestaciones culturales, así como la inclusión del ser humano en su propio desarrollo espiritual y material.

En el ámbito constitucional, la cultura se expresa mediante la educación, la ciencia y el arte, formando un baremo especial en lo que a autonomía, libertad y distanciamiento de la coercibilidad estatal se refiere (Häberle, 2000, p. 28). También, «crea a un tipo humano con rasgos psicológicos propios: el hombre culto, que por serlo, es más reflexivo y más crítico, y por tanto más libre» (Pau y Roca, 2009, p. 92). Y es que los textos constitucionales son *ratio*, pero también *emotio*, porque conectan al

ser humano con los valores fundamentales de la sociedad y, a su vez, garantizan la facultad de poder ejercerlos y expresarlos. Su función es captar la *conditio humana* desde el lado emocional y, por tanto, dar también más constitución a la *res pública* desde este lado, dirigirse al ser humano desde el lado de lo irracional, de lo que sobrepasa a la razón (Häberle, 2003, p. 117).

Lo anterior significa que bajo los presupuestos de un Estado de Cultura, el hombre es el principal actor y hacedor de la cultura, que tiene una posibilidad de expansión creativa y con ello también de autorrealización personal (Smend, 1985, p. 56), un ser intrínsecamente valioso e incompleto que solo encuentra la respuesta plenamente adecuada en el sentir y el querer (Lucas Verdú, 2000, p. 56), un ser altamente autorreflexivo de su realidad que piensa desarrollar su espiritualidad y no conoce más límite cognitivo que su propia imaginación. El arte y, en especial, el derecho a la libertad de creación y expresión artística, como bienes culturales, son para él, aspectos trascendentes para su existencia porque contribuyen al proceso educacional y formativo de la sociedad, al tiempo de fortalecer su identidad cultural individual o colectiva (Häberle, 2004, p. 204). Además, se sustenta en el fundamento humanista que garantiza el derecho a la dignidad y representa un medio para la autorrealización del individuo (Marciani, 2004, p. 76).

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

En Colombia, es donde se puede apreciar la tesis häberliana, ya que su Corte Constitucional ha resaltado que la libertad de expresión artística constituye por excelencia el medio para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad, en cumplimiento del deber impuesto al Estado de promover y fomentar la creación de la identidad nacional a través de la cultura (Sentencia T-104/96, del 08 de marzo de 1996, acápite 3 de las consideraciones de la Sala).

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

El estudio de las artes en el Estado de Cultura debe tener una visión amplia y abierta para que sea concebida como una verdadera libertad cultural que permita al ser humano crear, desarrollar y expresar su íntima y profunda valoración sobre la naturaleza, lo terrenal y lo espiritual; incluso, contra aquellos arquetipos predominantes y hegemónicos de una sociedad. Así como no puede existir un Estado constitucional sin medios de comunicación libres, tampoco es imaginable sin artistas que realmente lo sean (Vázquez, 2014, p. 85).

III. Diseño constitucional del derecho a la libertad de expresión artística

1. Una referencia al sistema internacional de protección de derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos no hace una mención explícita del arte como herramienta comunicativa, sino que, a través del artículo 19, lo incluye dentro de la categoría «cualquier medio» que sirve para ejercer el derecho a la libertad de expresión. No obstante, es con el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) donde se señala de modo expreso al elemento artístico como una vía a través de la cual las personas pueden expresarse.

Asimismo, en el sistema interamericano, el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) indica literalmente que la libertad de expresión puede ser ejercida también en forma artística. Y así lo ha defendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile* cuando sostuvo que el objeto del citado artículo «es proteger y fomentar el acceso a la información, a las ideas y expresiones artísticas de toda índole y fortalecer la democracia pluralista» (fundamento 61.b), el cual se extiende a «la circulación de información y a la exhibición de obras artísticas que puedan no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad en un momento dado» (fundamento 61.c).

Empero, distinto escenario presenta el viejo mundo, pues el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Europa (en adelante CEDH) simplemente prevé una regulación genérica sobre la libertad de expresión.

2. El arte en la Constitución Política

La presencia del arte en nuestro texto constitucional no es una figura decorativa, ya que ha sido incluida para regular aspectos trascendentes en el desarrollo del ser humano y sus relaciones sociales. Pueden encontrarse referencias tanto en las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales: el derecho a la educación

(artículos 14 y 18), como en las disposiciones que pertenecen a los derechos civiles: la libertad de expresión (artículo 2.4) y la libertad de creación artística (artículo 2.8).

Para la doctrina, las manifestaciones artísticas pueden ser entendidas desde una teoría que deriva del derecho a la libertad de expresión u otra que la considera como un verdadero derecho autónomo. En la primera teoría, se sostiene que la libertad de expresión artística se desprende del derecho a la libertad de expresión, por cuanto se valora al arte como una herramienta que puede servir para fortalecer el sistema político a través de la coexistencia de diferentes percepciones sobre los ámbitos de la realidad (concepción democrático-política). Así, Alexander Meiklejohn (1961, p. 3) sostiene que la expresión artística goza de protección constitucional, por cuanto el arte y la literatura contribuyen al desarrollo intelectual del hombre, convirtiéndolo en un sujeto capaz de participar en el debate de asuntos públicos y fortalecer el sistema democrático como forma de gobierno.

Sin embargo, bajo la segunda teoría, autores como Robert Bork (1971, p. 29) rechazan la protección constitucional de la libertad de expresión artística dentro de los alcances de la libertad de expresión, porque estiman que la expresión artística no se justifica en el bien público del autogobierno, sino en un asunto privado y subjetivo del artista, así como otras manifestaciones, decisiones o comunicaciones privadas.

Del mismo modo, se aduce que las expresiones artísticas no pueden ser concebidas como un asunto de relevancia pública, habida cuenta de que es la reflexión estética del idealismo donde mejor se puede situar el moderno fundamento filosófico jurídico de la libertad de expresión artística como experiencia autorrealizadora de la libertad humana individual (derecho subjetivo) y colectiva o social (libertad pública) (CALVO, 2008, p. 10). Las expresiones artísticas, al ser fruto de la creatividad humana, inciden en construcciones ideológicas que pueden ser religiosas o culturales hasta vanguardistas o abstractas.

En el caso de nuestra Constitución Política, las expresiones artísticas se encuentran protegidas bajo la fórmula prevista en la disposición constitucional de su artículo 2.4. Sin embargo, el problema surge porque la difusión de estas expresiones presupone una labor creadora, lo que podría entenderse como actuaciones humanas protegidas por el derecho a la libertad de creación artística del artículo 2.8. Conviene aquí analizar esta aparente tensión.

El artículo 2.8 de la Constitución protege el proceso de creación, elaboración o composición de arte, como un espacio vedado para el Estado y los terceros de impedir o modificar la inspiración humana. Cuando la manifestación artística sale del ámbito interno del sujeto y decide comunicarlo al público,

estaremos frente al ejercicio del artículo 2.4 de la Constitución que configura a la libertad de expresión artística. En efecto, como señala Mario Sol (2005, p. 81) : «Solo aquella obra que sea divulgada entrará en el proceso de comunicación, en cuyo momento, su autor, lo que estará ejercitando será la libertad de expresión. Pero en el supuesto de que un autor cree una obra y jamás la divulgue (supongamos que la destruye) no se le debería negar que ha ejercitado su libertad de creación. Sin embargo, jamás ejercitará su libertad de expresión en lo que a tal obra se refiere, por lo menos entendida esta en su dimensión comunicativa».

Ello permite concluir, entonces, que las manifestaciones artísticas se encuentran comprendidas dentro del derecho a la libertad de expresión, formando una relación de especie-género, en donde la expresión artística es protegida no solo por su posible contribución al debate público, sino por su aporte al desarrollo integral del individuo (en sus aspectos sensitivos, sensoriales, intelectuales y creativos) (Marciani, 2004, p. 423).

No obstante, si bien la libertad de expresión artística es un derecho derivado de otro, posee un contenido autónomo que robustece a la concepción tradicional del derecho a la libertad de expresión. Por eso, recibe tutela no solo por difundir opiniones de interés general o colectivo, sino también por exteriorizar mensajes eventualmente indescifrables, satíricos, burlescos, revolucionarios o contrarios a las convicciones sociales y culturales predominantemente mayoritarias. Esta es la peculiaridad que presenta un derecho de esta naturaleza y que importa examinarla con mayor detalle.

3. La expresión artística: entre la sátira y otros discursos afines

En el ámbito artístico, las expresiones suelen dirigirse a través del uso de un lenguaje sumamente crítico, provocador o irónico, pues el artista es una persona que tiende a ocultar bajo su ingenio la exteriorización refinada de su pensamiento. En el caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988), la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció expresamente la existencia de un derecho a la crítica muy aguda cuando estas se realizan a través de parodias y sobre todo contra figuras o medidas públicas: «Dichas críticas, inevitablemente, no siempre serán razonadas ni moderadas; las figuras públicas, así como los funcionarios públicos, siempre estarán sujetos a ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradablemente incisivos».

Y es que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística se asocia por excelencia —y puede ser mejor entendido— con un lenguaje satírico. La Real Academia Española define a la sátira como una «composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar a alguien o algo» o un «discurso o dicho agudo, picante, mordaz, dirigido a censurar o ridiculizar». En el caso *Eon v. Francia*, el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) sostuvo que «la sátira es una forma de expresión artística y un comentario social que, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente tiene como objetivo provocar y agitar. En consecuencia, cualquier interferencia con el derecho de un artista, o de cualquier otra persona, de usar este medio de expresión debe examinarse con especial cuidado».

Para José de Verda «[l]a sátira supone un tipo de discurso crítico, caracterizado por la exageración, en la que, de modo burlesco, se deforma la realidad, suscitándose la sonrisa del público. Esta exageración de la realidad hace que lo que se narra no sea percibido como totalmente exacto por el receptor del mensaje. Por otro lado, el tono irónico crea un contexto que justifica el uso de expresiones alejadas de los habituales parámetros de corrección, las cuales han de enjuiciarse con mayor grado de tolerancia» (2014, p. 356). Del mismo modo, Mario Sol sostiene que la sátira «[e]s un antiquísimo mecanismo de control social que se ampara en la risa amarga o en la ironía, y en la complacencia de los demás. Ataca los vicios y defectos de la persona o grupo de personas que sean objetivos, directamente o a través de sus representaciones externas (entre las que, por supuesto, caben las obras artísticas). Es la forma más directa y dañina de crítica, pues se dirige a los aspectos más débiles o aparentes del sujeto criticado» (2005, p. 203).

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

- Busca realizar un control social a través de la crítica sobre determinado ámbito de la realidad.
- Se muestra como una exageración o deformación de la realidad.
- Tiene como objetivo provocar, agitar, ridiculizar, ironizar, burlarse y criticar duramente a su realidad.

En efecto, «[l]a labor de la sátira radica, pues, en objetar o cuestionar lo que el autor percibe en la sociedad. No se trata de la crítica usual, a través de una columna de opinión, en la que una persona suele argumentar a favor o en contra de una postura determinada. Es, en realidad, crítica a través del arte y la creatividad, por lo que merece una tutela adecuada sobre todo si lo que se propone efectuar es una crítica sobre aspectos políticos, religiosos o sociales» (Zea, Pazo y Zelada, 2015, p. 19).

Pero si bien la sátira es una crítica excesivamente aguda, tampoco debe ser confundida con tener un derecho a insultar. La crítica, incluso la más ácida, es un aspecto

consustancial al ejercicio de la libertad de expresión artística y representa un juicio de valor que es elaborado y difundido por el artista mediante sus obras. El insulto, por su parte, no tiene amparo constitucional por este derecho y supone un límite a su ejercicio, pues emplea agravios y frases vejatorias con la finalidad de denigrar a la persona y al respeto de su dignidad.

Ahora bien, la sátira también puede manifestarse en expresiones de burla. Estas se caracterizan por el empleo de un lenguaje jocoso que permite exponer determinadas críticas, las cuales suelen llevar hasta la ridiculización. La doctrina reconoce que la burla puede configurarse como una sátira disminuida o, según el talante de la misma, como una crítica altamente mordaz. Según Ronald Dworkin (2006), «[l]a burla es una clase de expresión bien determinada; su esencia no puede redefinirse de una forma retórica menos ofensiva sin expresar algo muy distinto de lo que se pretendía. Ése es el motivo por el que, durante siglos, las tiras humorísticas y otras formas de sátira han estado, incluso cuando eran ilegales, entre las armas más importantes de nobles y de perversos movimientos políticos».

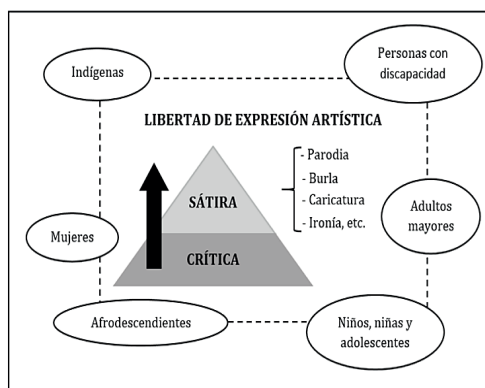
Igualmente, cabe mencionar que la sátira se expresa también a través de la parodia. Aquí el parodista crea su obra artística mediante la destrucción de otra, utilizando diversos recursos expresivos (imitación, modificación, etcétera). Por ello, sus «contenidos [son] críticos en el sentido destructor del término, [pues] en la parodia la crítica que no sea destructiva no tiene cabida» (Sol, 2005, p. 126).

Se reconoce en el parodista el *animus criticandi* (criticar), *animus iocandi* (burlar) y el ánimo de dañar a la obra original, en cuyos casos «siempre subyace una actitud más o menos crítica que arremete contra los principios, estilo, personajes, cánones o moral transmitidos por la obra parodiada» (Sol, 2005, p. 129). Frente a este tipo de sátira, aparece la caricatura, la cual es otra manifestación de la libertad de expresión artística que se hace más evidente en el dibujo, la pintura e incluso en la escultura. Se diferencia de aquella (la parodia), porque la caricatura alcanza los aspectos externos, aparentes o físicos y la deformación se produce por la exageración hacia la ridiculización; en cambio, la parodia alcanza a la esencia, el espíritu de las cosas, su significado y contenido expresivo (Sol, 2005, pp. 198-200).

Ello permite apreciar que, en principio, cuando una expresión artística emplea la sátira para transmitir sus ideas u opiniones exige un estándar de tolerancia más elevado que el que se antepone para la crítica común. Lógicamente, no existe una fórmula matemática o alguna especie de balanza para determinar el margen exacto, sin embargo, esto no puede conducirnos a la falsa idea de que la sátira es una técnica omnipotente, que no conoce límites y es capaz de cobijar todo tipo de expresiones sin recibir reproche alguno. De hecho, existen ciertos escenarios para el lenguaje satírico donde la *praxis* judicial y la casuística del día a día demuestran que son

pasibles de serias reticencias, por lo que su tutela constitucional se somete a un análisis más riguroso. Esto sucederá, por ejemplo, cuando la sátira esté direccionada contra grupos o poblaciones vulnerables y/o de especial protección constitucional, como son los niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, afrodescendientes, mujeres, adultos mayores, comunidades indígenas o campesinas, personas LGBTI, etcétera

Gráfico 1



El gráfico muestra que el derecho a la libertad de expresión artística puede manifestarse mediante la sátira, la cual representa una crítica superlativa que se traduce en parodias, burlas, caricaturas, ironías, entre otras figuras. Esto quiere decir que, cuando se utilicen expresiones artísticas el nivel de tolerancia que soporta el sujeto retratado es mayor en comparación a otro tipo de crítica y, aún mucho mayor, cuando sea dirigida contra funcionarios y personajes de relevancia pública, respecto de asuntos de connotado interés público. Del mismo modo, existen determinados sujetos protegidos por la Constitución que requieren una valoración especial frente al lenguaje satírico y, por consiguiente, hacen menos potente su irradiación.

4. Libertad de expresión artística: ¿existe un derecho a la irreverencia?

Si bien el contenido de un derecho fundamental puede encontrarse en el mismo texto de la disposición normativa, existen algunos casos en los cuales el surgimiento de determinadas circunstancias o valoraciones tienden a reformular o extender sus alcances para garantizar al más alto nivel el disfrute de los bienes humanos. En este supuesto, el contenido normativo del derecho fundamental se configura a partir de un conjunto de variables jurídicas o metajurídicas y no por el mero reconocimiento expreso en algún instrumento jurídico.

Así, como expresa Luis Castillo el «contenido implícito nuevo de un derecho fundamental es el o los elementos conformantes del contenido que son fruto del redimensionamiento del derecho humano y del bien humano que está detrás de todo derecho humano, que ocurre en un momento determinado por el cambio de las circunstancias o de las valoraciones sociales» (2008, p. 13). En esa misma línea, el Tribunal Constitucional sostuvo en el expediente 0895-2001-AA/TC que «existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional» (fundamento 5).

Definitivamente no cualquier aparición circunstancial en el plano de los hechos merece un nuevo reconocimiento constitucional y para ello consideramos necesario acudir a las vías normativas previstas en el artículo 3 de la Constitución Política, es decir, evaluar si se trata de un derecho inspirado en la dignidad del ser humano, en los principios de soberanía, el Estado democrático de derecho y en la forma republicana de gobierno. En tal sentido, de acuerdo con lo aquí desarrollado, se ha podido apreciar que el ejercicio de la libertad de expresión a través del arte plantea una concepción singular respecto a la forma cómo el ser humano exterioriza sus ideas y opiniones, las mismas que por la naturaleza propia de la expresión contienen un grado mucho mayor de crítica, a la que denominamos irreverente por el empleo de la sátira como técnica o estilo lingüístico.

La irreverencia nos sugiere la idea de una expresión o conducta expresiva que no se identifica con los cánones convencionales o conservadores, sino más bien, con aquellas concepciones ofensivas, revolucionarias y heterodoxas. Para la Real Academia Española, lo irreverente es aquello contrario al respeto debido, lo que permitiría explicar por qué en el mundo artístico muchas veces las creaciones no se condicen con los parámetros socialmente aceptados. Por el contrario, se elaboran y difunden objetos que en rigor resultan ser calificados como denigrantes o reprochables para un grupo de personas y dentro de un contexto determinado.

Para conocer la importancia que tiene comprender el contenido de este derecho cabe recordar el famoso caso de las «Caricaturas de Mahoma», publicadas por el diario danés *Jyllands-Posten* en el año 2005. Al respecto, Robert Post describió las serias repercusiones que generaron estos dibujos que mostraban al profeta árabe con símbolos islámicos, con un turbante en forma de bomba y enfrentando a una larga línea de terroristas suicidas, ya que ello trajo una ola de disturbios en todo el mundo y acabó con unas consecuencias sumamente espeluznantes: la muerte de 139 personas, ofrecimientos de pagos para matar a los humoristas, el cierre de los diarios, despidos y encarcelamiento de los editores, etcétera (2005, pp. 1-2).

Estos sucesos tuvieron un gran impacto a nivel internacional, pues diversos pensadores y literatos, preocupados por lo ocurrido, se mostraron más cautos al momento de expresar sus opiniones mediante el arte. Inclusive, Mario Vargas Llosa (2006), en un artículo para el diario «El País» de España, reflexionó sobre la probable desaparición del derecho a la irreverencia que garantiza toda libertad de expresión artística: «¿Puede llegar a ocurrir lo mismo algún día en la Europa de Voltaire, la de las luces, la que instauró como un principio básico de la civilización el derecho de crítica, de irreverencia, no solo ante los gobiernos; también ante los dioses, la libertad de expresión y la convivencia de diversos credos, costumbres e ideas en una sociedad abierta? Vale la pena preguntárselo, porque, a raíz del escándalo de las viñetas blasfemas, una buena parte de la Europa que disfruta de esa cultura de la libertad ha mostrado una prudencia o desgano en la defensa de lo mejor que tiene y que ha legado al mundo, que parecería que el poder de intimidación del extremismo islamista comienza también a tener efectos estupefacientes en el corazón mismo de la cuna de la democracia».

Y si avanzamos unos años más, podríamos evocar la fatídica tragedia ocurrida en París contra el semanario «Charlie Hebdo» en el año 2015, donde grupos fundamentalistas radicales atacaron el local de la revista, asesinando a sus dibujantes por la publicación de caricaturas satíricas de índole religiosa y dejando heridos a varios periodistas y algunos artistas gráficos.

Todo ello motivó a que la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo decidiera reconocer en la Resolución N° 2031, del 27 de enero de 2015, que el uso de la sátira irreverente, la información o ideas que ofenden, conmocionan o perturban, así como las críticas a la religión forman parte del ámbito protegido por el derecho a la libertad de expresión contenida en el artículo 10 del CEDH, en tanto exigencias del pluralismo y la tolerancia propias de una sociedad democrática.

La jurisprudencia tampoco ha sido esquiva a la especial consideración que se debe tener a las expresiones artísticas y demuestra que existen algunos fallos cuyos razonamientos asientan el carácter irreverente de las opiniones o críticas vertidas a través del arte. Por ejemplo, en el caso *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* 343 U.S. 495 (1952), la Corte Suprema de los Estados Unidos evaluó si el contenido de una película era contrario a una ley que censuraba el sacrilegio. En sus argumentos, el alto tribunal dejó establecido que ninguna religión podría servir de límite a la libertad de expresión, puesto que reconocer la constitucionalidad de dicha norma equivaldría a favorecer a una religión sobre otras o callar las expresiones de los sentimientos sagrados impopulares por una minoría religiosa. En esa medida, estimó que el Estado no tenía legítimo interés para la protección de puntos de vista desagradables de cualquiera o todas las religiones y tampoco podía reprimir ataques reales o imaginarios contra una doctrina religiosa en particular, sea que

aparezcan en publicaciones, discursos o películas. Esta decisión permite advertir que, las manifestaciones artísticas exigen un alto margen de tolerancia cuando se trata de la blasfemia, lo que no es otra cosa que una modalidad del derecho a la irreverencia en el ámbito religioso.

Es innegable que todo el contexto antes descrito permite construir dogmática, normativa y jurisprudencialmente un derecho a la irreverencia como contenido implícito de la libertad de expresión artística, el cual radica en la dignidad de la persona y se convierte en una garantía objetiva para fortalecer nuestro sistema democrático de gobierno que, redundará —a su vez— en una vía de acceso a la cultura y la formación de una opinión pública libre.

5. Titulares del derecho

Si bien los derechos fundamentales son bienes debidos única y exclusivamente al ser humano, la doctrina de la libertad de expresión artística parece exigir un criterio cualitativo al sujeto activo del derecho, como requisito previo para amparar su ejercicio, vale decir, la condición de ser «artista». Entonces la interrogante que surge inmediatamente es la siguiente: ¿Quiénes podrían ser considerados artistas para el derecho? Acaso, ¿Serán los estudiantes, egresados o titulados de las escuelas o institutos profesionales de artes? ¿Podrían ser aquellos cuyas obras son catalogadas como arte por la crítica o sus destinatarios? ¿Tal vez los que son reconocidos como tales gracias al transcurso del tiempo? O quizá bastaría asumir simplemente que todos tenemos una vena artística y, por consiguiente, aceptar que cualquier boceto, letra o verso elaborado incluso en un momento de ocio encajaría plenamente en el reconocimiento de la libertad de expresión artística.

Resulta interesante apreciar que, en la experiencia norteamericana, como sucedió en el caso *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966), se utilizaba un mecanismo indirecto para calificar si una persona podría ser considerada artista. Se habilitaba una comisión de expertos que juzgaba si la obra de arte podría ser estimada como tal, en función a su relevancia literaria, histórica o social. Con la opinión de dichos especialistas no solo se ilustraba a la Corte Suprema que el producto artístico merecía protección bajo la Primera Enmienda, sino que se aceptaba al titular de la obra como artista.

Sin embargo, es importante diferenciar entre la naturaleza humana y la naturaleza artística, toda vez que las expresiones del arte residen en la dimensión cultural que posee un individuo, pero en el rubro artístico ello estaría compuesto por discriminaciones y criterios teóricos de selección y clasificación, ambiguos en algunos casos, pero existentes (Morales, 2011, p. 73). En ese marco, es posible la idea de que todo ser humano sea un artista, aunque dentro de lo que se llama el mundo del arte

prima otro criterio alejado de la libre creación, que es el gusto del público el que dicta el mercado artístico y delimita la calidad de la obra (Morales, 2011, p. 74).

Por tanto, cabría sintetizar que en materia artística la preocupación no debe estar en determinar quiénes son artistas (titulares del derecho), porque en efecto esa naturaleza la encontramos en el mundo interno de todo ser humano cuando crea o quiere dar a conocer sus ideas y pensamientos a través de medios poco convencionales (arte). Tiene que evitarse una concepción netamente estética de la libertad de expresión artística o, en otras palabras, circunscrita a la belleza del contenido de la obra, por cuanto ese comportamiento recae en el sujeto pasivo del derecho, quien podrá interpretar (aceptar o rechazar) la creación del artista en base a sus más íntimas convicciones ideológicas, políticas, culturales y espirituales.

6. Terceros intermediarios

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

Desde luego, no se trata de cualquier tercero, sino de aquellos que contribuyen decisivamente a que la creación artística llegue al público. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en BVerfGE 30, 173, 54 [Mephisto]:

la Ley Fundamental garantiza plenamente la libertad de ejercer una actividad en el campo artístico. Por ello, en la medida en que se requiera de la actuación de intermediarios (así como de medios publicitarios) para establecer una relación entre el artista y el público, también las personas que ejercen una actividad mediadora de este tipo se encuentran protegidas por la garantía de libertad artística. Como una obra de arte narrativa sin distribución ni publicación no podría ser eficaz en el público, la editorial representa un intermediario indispensable entre los artistas y el público y la precitada garantía se extiende también a sus actividades. Por lo tanto, el solicitante como editor de la novela puede ser afectado en su derecho fundamental de libertad artística.

7. Contenido

7.1. Derecho a crear arte

Comprende el ámbito de elaboración de la obra artística, el cual no admite intervención alguna por parte del Estado y de los particulares. Además, se considera una

facultad absoluta en la medida que no conoce límites y responde únicamente a los métodos y técnicas que emplea el artista para la difusión de sus ideas u opiniones.

7.2. Derecho a difundir arte

Se refiere al ámbito de exhibición del arte, esto es, cuando el artista desea compartir con terceros el producto de su invención. Este escenario es más bien relativo, ya que puede hallar límites en el respeto de otros derechos fundamentales, como el honor, la imagen, la libertad religiosa, etcétera.

8. Límites

La Relatoría Especial sobre los Derechos Culturales de las Naciones Unidas señaló en su informe «El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas» que, con arreglo al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la libertad de expresión en forma artística puede estar sujeto a ciertas restricciones que deben estar establecidas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (2013, p. 7).

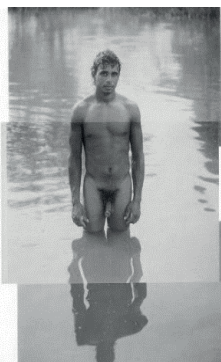
En tal sentido, establece que los Estados tienen el reto de garantizar el ejercicio pleno de las libertades artísticas y recurrir a limitaciones solo cuando sea absolutamente necesario, debiendo tener en cuenta que no podrán establecer determinadas concepciones particulares a las que le dará protección oficial (2013, pp. 7-8). Algunos de estos límites, según la casuística comparada, han venido dados por los derechos a la imagen, al buen nombre, al honor, a los símbolos y creencias religiosas, a la obscenidad, la pornografía, conforme se abordará a continuación.

IV. Casos emblemáticos a nivel comparado

1. Las pinturas eróticas: Sentencia T-104/96 (08 de marzo de 1996)

El reconocido pintor y fotógrafo Celso Castro Daza recibió la autorización del Director del Instituto de Cultura y Turismo de Valledupar para exhibir sus obras de arte en la sala de dicho local. Sin embargo, cuando el director observó los cuadros, ordenó que 15 de ellos sean descolgados por considerarlos pornográficos, contrarios a la moral predominante en la región, carentes de valor artístico y ofensivos para los niños, quienes se verían gravemente afectados debido a su inmadurez psicológica. La mayoría de las obras hacían alusión explícita al erotismo con hombres desnudos, algunos de ellos mostrando su miembro viril y otros, eran imágenes con simbología fálica.

Gráfico 2



Fuente: Colarte. Patrimonio Cultural Colombiano (www.colarte.com)

La Corte Constitucional de Colombia, al analizar el caso *in comento*, vinculó a la libertad de expresión artística con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al ser el arte un medio para desarrollar la faz creadora del ser humano; y el derecho a la identidad, por cuanto el Estado es el ente obligado a promover y fomentar la cultura. Asimismo, de acuerdo a los hechos narrados en la demanda, estableció que no hubo afectación al ejercicio de la libertad artística en el plano interno (momento de la creación), sino que —como usualmente sucede— fue en el ámbito externo (momento de la difusión) donde se encontraron serios cuestionamientos al goce del derecho fundamental. No obstante, consideró que en este último ámbito ninguna autoridad pública o agente privado podría impedir la libre exhibición de las obras de arte por el simple hecho de calificarlas de inmorales o antiestéticas, ya que ese comportamiento entrañaría una acción de censura.

En efecto, la Corte sostuvo que cualquier idea —por muy enraizada que se encuentre en una sociedad o sea seguida por la mayoría de habitantes— no justifica la restricción del derecho a difundir las creaciones artísticas, máxime si se toma en cuenta la dimensión pluralista que se asienta en un Estado constitucional. Tampoco cabe que el Estado se personifique como un crítico de arte, decantándose por sus íntimas preferencias para decidir qué obras deben ser difundidas o aceptadas por la comunidad, antes bien deberá garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes deseen mostrar el producto de su creatividad, empleando únicamente criterios de selección objetiva como: 1) La calidad técnica y artística de la obra; y, 2) La finalidad que se busca con la publicación.

Sin perjuicio de ello, la corte recordó que la difusión del arte no goza de una inmunidad absoluta, encuentra como contrapartida el deber genérico de no afectar los derechos de terceros, puesto que el ejercicio del derecho a la libertad artística puede llegar a enfrentar los sentimientos y convicciones religiosas, estéticas, polí-

ticas y morales de algunas personas. No obstante, aún en estas tensiones, señala que debe exigirse una actitud tolerante de los espectadores hacia los artistas. Inclusive, tratándose de los niños que observan esta clase de obras, el tribunal apostó por el deber de garantizarles un desarrollo integral, crítico y plural, disponiendo que el Estado, en colaboración con los padres de familia, fomente una adecuada educación sexual, de manera que sean capaces de reaccionar en base a lo que van construyendo como moral y estéticamente aceptable, o en su defecto, que sean estos últimos quienes decidan si permiten o impiden que sus hijos contemplen las manifestaciones artísticas consideradas contrarias a su escala familiar de valores. Por todo lo precedentemente descrito, la corte declaró fundada la tutela del artista ordenando a la demandada que no vuelva a incurrir en dichos actos y que, a futuro, se cía fielmente al reglamento para brindar la autorización respectiva.

2. La exposición de arte religioso: Sentencia SU 626/15 (01 de octubre de 2015)

El señor Fernando Beltrán interpuso una acción de tutela contra el Museo Santa Clara y el Ministerio de Cultura, considerando que la exposición «Mujeres Ocultas», de la artista María Eugenia Trujillo Palacio, había vulnerado su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos. El actor sostuvo que dicha exposición artística empleó objetos de la religión católica con sugestivas representaciones del cuerpo femenino, como por ejemplo los tabernáculos que custodian las hostias, acompañadas de imágenes con vaginas, las cuales fueron denominadas por la artista como: «La golosa», «La chiquita», «La morena», «La destrozada», «La dulzona», «Alguien dentro del pecho erige Soledades», etcétera.

Gráfico 3



Fuente: Corte Constitucional de Colombia (www.corteconstitucional.gov.co)

La Corte al evaluar el caso emitió una sentencia de unificación de criterios, sosteniendo que el arte, por ser un concepto bastante amplio y complejo que impide delimitar prístinamente su margen de acción y protección, necesita de una serie de parámetros orientadores para la resolución de un conflicto. En tal sentido,

puntualizó lo siguiente: 1) La exclusión de una actividad como artística no puede depender únicamente de una decisión mayoritaria o de una defensa minoritaria; 2) La opinión de una comunidad de expertos, el reconocimiento hecho por el autor o por el público, así como la existencia de una tradición que indique que una expresión es considerada artística, constituye un referente imprescindible; 3) El legislador, titular de la cláusula general de competencia, tiene una amplia facultad para reconocer las expresiones que constituyen una actividad artística o cultural y, en consecuencia, establecer para ellas un régimen jurídico; 4) La competencia del legislador no es absoluta, pues de ser ello quedaría librada a la discrecionalidad de las mayorías políticas dicho reconocimiento, propiciando por esa vía, la exclusión de determinadas actividades de la protección constitucional del arte; y, 5) Excluir una expresión de creatividad o ingenio humano como actividad artística —cuando dicha condición se desprende de la aplicación de las reglas anteriores— solo será posible después de ser sometida a un juicio especialmente exigente que logre desvirtuar la presunción de cobertura (fundamento 6.4.2.).

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

Con toda esta protección reforzada, la Corte consideró que si bien en el ejercicio de la libertad de religión se adscribe el deber de abstenerse a ejecutar actos que constituyan un agravio a los símbolos, objetos o sentimientos religiosos, dicha libertad no es ilimitada ni puede avasallar a aquellas otras libertades culturales como la artística. Por consiguiente, no encontró que la exposición «Mujeres Ocultas» se halle restringida por las categorías que limitan a la libertad de expresión, es decir, que se trate de una propaganda de guerra, que verse sobre pornografía infantil o posea la intención de exacerbar el odio o la violencia religiosa, puesto que, a pesar de causar molestias para algunos católicos, el mero disgusto social no logra acreditar una infracción a la libertad de religión. Por el contrario, es el artista quien dando vida a su capacidad creativa elaboró y construyó sus propios objetos de arte —sin sustraer o alterar los bienes del culto— para dotarle de un contenido autónomo y transmitir su mensaje crítico al público en un establecimiento exclusivamente creado para ese fin. Además,

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

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

3. La parodia pública: *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988)

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

Frente a estos hechos, el señor Falwell demandó por daños y perjuicios a *Hustler Magazine Inc.*, *Larry Flynt y Flynt Distributing Co., Inc.*, y recibió una fuerte indemnización. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones, por lo que el representante de la industria demandada decidió interponer una acción ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, dada la presunta violación a la Primera y Decimocuarta Enmienda.

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

Gráfico 4



Fuente: Suprema Corte de Justicia de la Nación (www.sitios.scjn.gob.mx)

Así, en relación con lo expuesto antes, el juez ponente Rehnquist añadió que, en algunas ocasiones, el arte de los parodistas o caricaturistas no es racional ni imparcial, sino incisivo y arbitrario, pues las tiras cómicas o caricaturas políticas tienden a explotar rasgos físicos o acontecimientos políticos bochornosos que suelen afectar sentimientos de las personas que le sirven de referencia. Situación que —independientemente de su verdad o falsedad— no las exime del reconocimiento en la Primera Enmienda.

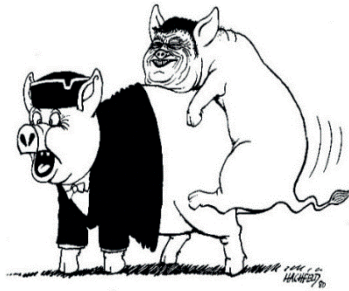
Con estas afirmaciones, el Supremo Tribunal precisó que para admitir el carácter ultrajante de la caricatura en el ámbito del discurso político y social debe fundamentarse en un estándar objetivo que determine un impacto psicológico adverso en el público y no subjetivo que recaiga en la desaprobación del ofendido. Asimismo, argumentó que esto no significa que cualquier expresión acerca de una figura pública esté exenta de sanción resarcitoria, sino que debe analizarse si las expresiones falsas son realizadas con «real malicia» o «intención dolosa», esto es, con conocimiento de que la afirmación era falsa o con desconsideración temeraria sobre su veracidad o falsedad. Dado que en el caso eso no fue probado, la Corte decidió revocar el fallo emitido por el Tribunal Federal.

4. El cerdito político: BVerfGE 75, 369 (03 de junio de 1987)

Se había publicado en la revista «Konkret» varias caricaturas sobre el ministro bávaro Franz Josef Strauß con la apariencia de un cerdo que mantenía relaciones sexuales. En la primera caricatura, se mostraba al cerdo copulando sobre otro vestido de juez; en la segunda, aparecían varios cerdos realizando diversas actividades sexuales, y en la tercera se encontraban más cerdos con indumentaria judicial y practicando las

cópulas sexuales. El título del primer dibujo decía: «La sátira puede hacer cualquier cosa: ¿Rainer Hachfeld también?» El segundo título expresaba: «¿Qué dibujo es el correcto, por fin, señor fiscal?» El tercer dibujo venía precedido de una carta que reclamaba retratar más cerdos porque el ministro iba a tener bastante actividad. Por estos hechos, el caricaturista fue condenado por difamación contra el referido político, imponiéndole una multa por cada uno de los dibujos.

Gráfico 5



Fuente: Johannes Gutenberg Universität Mainz (www.cornils.jura.uni-mainz.de)

El Tribunal alemán consideró que tales dibujos eran una práctica artística, porque representaban una acción creativa libre e impregnada de impresiones y experiencias exhibidas por el artista, por tanto, el hecho de expresar una opinión controvertida no la descalificaba para buscar tutela constitucional. También resaltó que el uso de la sátira en el mundo de las caricaturas constituye parte estructural de esta clase de género artístico, basado por antonomasia en las exageraciones, distorsiones y distanciamiento del personaje u objeto original. Por ello, la evaluación judicial para estos casos deberá separar la connotación satírica de la palabra y la imagen con el contenido mismo de la caricatura, es decir, analizar de forma separada si tanto el ropaje satírico como el mensaje del dibujo contienen una expresión que muestre desprecio por la persona caricaturizada.

Bajo esas premisas, la Corte manifestó que los tribunales locales habían evaluado adecuadamente el presente caso, estableciendo al derecho al honor como límite a la libertad artística del caricaturista, debido a que si bien el personaje caricaturizado era un actor político expuesto a la constante crítica, se le había asociado con la forma y naturaleza de un animal manteniendo relaciones sexuales que trastocaron su esfera íntima. Así, dichas conductas retratadas gráficamente, más los actos de bestialidad vinculados con la justicia, habían afectado la dignidad del ministro Strauß como persona. Por consiguiente, concluyó que el artista se había excedido en los límites razonablemente permitidos para la difusión de su caricatura, debido a que en el núcleo del honor personal existe siempre una afectación grave al derecho de la personalidad.

5. El cómico discriminador: Dieudonné M'Bala M'Bala v. Francia (20 de octubre de 2015)

Dieudonné es el nombre artístico de un humorista que, el 26 de diciembre de 2008, montó en la sala Zénith de París un espectáculo llamado «He hecho el gilipollas». El sketch tenía como propósito superar una presentación anterior que fue calificada como el «mayor mitin antisemita desde la última guerra mundial». Para ello invitó al escenario a Robert Faurisson, quien fuera condenado varias veces en Francia por sus tesis negacionistas sobre la existencia de las cámaras de gas en los campos de concentración. En la función misma, el artista le había hecho entrega al escritor —a través de un actor disfrazado como un deportado judío— del «premio a la intratabilidad y la insolencia».

Gráfico 6



Fuente: The deported jew (www.youtube.com)

Esta conducta sirvió para que los órganos de justicia estatales lo condenaran por el delito de injuria pública contra las personas de origen judía, considerando que el hecho de burlarse de la deportación y del exterminio de los judíos por los nazis en la segunda guerra mundial mediante sus palabras, la estrella de David rotulada con la palabra «judío» y el símbolo del candelabro de tres brazos sosteniendo tres manzanas, entregado por un deportado a un negacionista, constituía un modo de expresión ultrajante y despreciable hacia el pueblo judío.

Al analizar el caso, el TEDH toma nota que la escena controvertida se trata de una expresión artística materializada en un lenguaje satírico, en consecuencia, reitera la doctrina contenida en el caso Vereinigung Bildener Künstler v. Austria, donde enfatiza que la sátira es una forma de comentario social que, debido a su exageración y deformación de la realidad, aspira a provocar y agitar, siendo necesario examinar con un cuidado particular cualquier injerencia en la libertad de expresión de un artista.

En esa línea, arguye que para determinar los límites al ejercicio del precitado derecho debe partirse por el contexto donde discurre la expresión. De esta manera, aprecia que el contenido de la secuencia humorística tenía un carácter intensamente antisemita, honrando a una persona conocida (y condenada) por sus tesis negacionistas con aplausos, al punto de otorgarle un reconocimiento. Además, agrega que, a pesar de lo jocoso del sketch, resultaba claro que las actitudes (*animus*) del artista revestían de una conducta que él consideraba correcta y que, inclusive, buscaba superar su espectáculo anterior que fue calificado de por sí como antisemita.

También aprecia que en la puesta en escena hizo intervenir a un cómico disfrazado ridículamente como deportado judío de los campos de concentración para premiar a un negacionista, lo cual convertía en una escena grotesca, de odio y antisemitismo que iba en contra de los valores de justicia y paz inspirados por el CEDH. Por tanto, ante la valoración conjunta de esos elementos, el TEDH señaló que el demandante no podía ampararse en su condición de artista o su producción artística para expresar de forma satírica un ataque de odio a la comunidad judía, por cuanto ello destruía su espectáculo humorístico que no encontraba protección en el derecho a la libertad de expresión artística.

V. Criterios interpretativos en el tratamiento del derecho a la libertad de expresión artística

Los límites constitucionales a los que se enfrenta el ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística usualmente nos conducen a analizar los bienes jurídicos que colisionan con el fin de aplicar el test de proporcionalidad y establecer cuál de ellos será sacrificado para dar lugar a la vigencia y extensión del otro (GUASTINI, 2010, p. 79). Este método, sin embargo, válido desde el punto de vista constitucional, no es la única forma de resolver los conflictos. A continuación, proponemos algunos criterios jurisprudenciales extraídos de diversos tribunales y cortes modélicas sobre la materia:

1. Toda interpretación del arte debe promover el acceso a la cultura

En un Estado de Cultura el ser humano se convierte en el principal arquitecto de su vida espiritual y cultural. Por eso, tanto los agentes públicos y privados tienen la obligación de desarrollar todo tipo de actuaciones que promuevan las artes, la educación y la ciencia. Así, mientras más se fomente y garantice el acceso de las personas a la cultura, mayor será el nivel de intelección y crítica que se adquiera para fortalecer el ámbito social, político y democrático de un país, así como la defensa de la dignidad y los demás bienes fundamentales que soporta el orden

constitucional. En ese sentido, no cabe realizar interpretaciones restrictivas cuando se trata de proteger la libertad de las artes, pues corresponde al Estado asegurar por todas las vías que esta dimensión cultural del ser humano se desarrolle y trascienda.

En la sentencia T-104/96 descrita, se advirtió que la Corte Constitucional colombiana, lejos de vetar pinturas y fotografías eróticas que presenciaban los niños, reconoció que el Estado y los padres tenían la obligación de garantizar un desarrollo cultural a los hijos con el objeto de brindarles una adecuada educación sexual y ser capaces de reflexionar sobre aquellos objetos que influirán en su escala moral. Esta misma corte, resaltó también en la sentencia T-296/13 que las corridas de toros no podían ser prácticas inconstitucionales, en tanto representan expresiones artísticas y culturales de vieja raigambre histórica, por lo que será preservada si se cautela el sufrimiento animal, se realiza en ciertas ocasiones y en lugares donde configuren una tradición periódica e ininterrumpida.

En el caso BVerfGE 83, 130 [Josephine Mutzenbacher], la Corte Constitucional Federal de Alemania estimó que la novela «*Josephine Mutzenbacher*» formaba parte del proceso de aprendizaje de los niños y, por ende, debería ser atendido por el Estado, a pesar de que reseñe pasajes sobre temas controvertidos como la prostitución infantil, la promiscuidad y otras perversiones sexuales. Por último, en el caso BVerfGE 30, 173 [Mephisto], dicha Corte fijó como criterio para dirimir los conflictos de la libertad artística que toda interpretación constitucional al concepto artístico tenía que estar delimitada esencialmente por la cultura y no sujeta a estándares restrictivos.

2. La libertad de expresión artística no es un derecho exclusivo y excluyente de las mayorías

El arte es una forma sofisticada de expresar ideas o críticas respecto a un determinado asunto. Funciona como un instrumento de comunicación dentro del pluralismo ideológico que subyace en todo sistema democrático y recae también en sectores minoritarios que buscan cambios o reformas en el funcionamiento de la sociedad. Por ello, un adecuado ejercicio del derecho a la libertad de expresión artística no puede ser medido en base a la opinión mayoritaria de las personas, la moral predominante o los patrones culturales que definen a una comunidad, pues se correría el grave riesgo de resignar la censura al capricho de las masas y, sobre todo, vaciar de contenido la verdadera razón de ser del arte. Esta equívoca concepción se plasmó en el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, donde el TEDH declaró que no se vulnera la mencionada libertad fundamental a través de la censura a una película blasfema, cuando se busca garantizar la paz religiosa en una población mayoritariamente católica.

Sin embargo, en la sentencia SU 626/15, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que «la exclusión de una actividad artística no puede depender únicamente de una decisión mayoritaria o de una defensa minoritaria», lo que permitió proteger la expresión de arte consistente en la exposición de objetos de la religión católica, acompañados —muchos de ellos— con partes íntimas femeninas.

3. El *animus iocandi* como rasgo caracterizador de las expresiones artísticas

Un elemento importante a considerar en el adecuado ejercicio de las expresiones artísticas es su intencionalidad. Se ha dicho que este tipo de manifestaciones por lo general emplea la sátira, la burla o la ironía al momento de difundir los mensajes artísticos. No debe perderse de vista que en el arte muchas veces las ideas son deslizadas con una crudeza supina, generando provocación al sujeto espectador. Por eso, se vuelve imperioso evaluar si la expresión agravante fue deslizada con el ánimo de bromear o de injuriar.

En el caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, la Corte Suprema norteamericana estableció que en una expresión artística debe analizarse la «real malicia» o la «intención dolosa» del autor, es decir, la convicción e intención plena de que está difundiendo ideas falsas contra el sujeto retratado. Igualmente, en *Elonis v. United States*, 575 U.S., este Tribunal resaltó la necesidad de tomar en cuenta el *animus* de un artista que componía letras de rap con amenazas dirigidas a su ex pareja.

4. La calificación de expertos constituye un criterio referencial

La opinión de una comunidad de especialistas o críticos de arte es un factor que debe ser valorado por el operador jurídico al momento de evaluar el amparo constitucional que le otorgaría a una determinada expresión artística. De esta manera, si bien no existe un mandato vinculante para acoger las apreciaciones negativas o positivas que realicen los entendidos en la materia, resulta evidente que tales consideraciones podrían aportar una lectura especialísima sobre las expresiones controvertidas.

En la jurisprudencia comparada, como el caso *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que la novela «*Memoirs of a Woman of Pleasure*» —cuyo contenido relataba las experiencias sexuales de una prostituta— tenía cobertura constitucional, luego de tomar en cuenta que la opinión de expertos brindada en el Tribunal Federal había resaltado el valor artístico de la obra. Igualmente, en el caso *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153, la Corte amparó bajo la Primera Enmienda constitucional a una película denunciada por quebrantar la Ley de Obscenidad federal, considerando —entre otros aspectos— su nominación por la academia a los premios Óscar. También, en

la citada sentencia SU 626/15, el máximo intérprete constitucional de Colombia destacó que «la opinión de una comunidad de expertos, el reconocimiento hecho por el autor o por el público, así como la existencia de una tradición que indique que una expresión es considerada artística, constituye un referente imprescindible».

5. Las expresiones artísticas deben ser analizadas a partir de su contexto

Toda restricción o limitación a la libertad de expresión artística debe ser examinada a la luz de los hechos del caso en su conjunto, incluyendo las circunstancias en los que estos se presentaron. Por tal razón, es necesario que el juzgador al momento de resolver una controversia jurídica se apoye en una serie de elementos, como: la naturaleza de la expresión que decide ejercitar el artista, el escenario donde la exterioriza y el público al que va dirigido.

Lo antes afirmado podrá contrastarse en diversas situaciones. Por ejemplo, cuando se difundan pinturas eróticas en una galería de arte contemporáneo, y eventualmente dirigido para un público mayor de edad, encontraríamos una mejor posición para salir en defensa de dicha libertad ante cualquier intento de censura. Asimismo, en el caso de parodias artísticas o programas humorísticos, si la mofa o la crítica a través de la sátira son usuales o recurrentes, e incluso cuando las cuestiones religiosas suelen ser objeto de burlas, el grado de libertad de expresión debe ser, en principio, mayor (ZEA, PAZO y ZELADA, 2015, p. 21).

La jurisprudencia comparada es copiosa al respecto, ya que en la sentencia T-391/07, la corporación colombiana señaló que para evaluar si una manifestación artística afecta a terceros tendrá que valorarse de modo conjunto el lenguaje empleado, las características de la expresión y el contexto del emisor y el receptor. Similar situación se vio en el caso *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos arguyó que para evaluar si las expresiones artísticas (como una película) eran sacrílegas debía analizarse el contexto temporal y geográfico, pues ello haría variar el grado de intensidad de la afectación o su tolerancia. También en el caso *BVerfGE 67, 213 [Der Anachronistische Zug]*, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania estimó necesario valorar la totalidad de una obra de teatro y no sus escenas aisladas, con el fin de apreciar si se afectaba la imagen del político que se consideró burlado con una representación teatral. Finalmente, en el caso *Dieudonné M'Bala M'Bala v. Francia*, el Tribunal de Estrasburgo se remitió al contexto de las expresiones satíricas emitidas en un sketch humorista para determinar que sus bromas constituían un discurso de odio contra la sociedad judía.

6. Se exige un mayor nivel de tolerancia cuando la expresión artística está dirigida contra funcionarios o personajes públicos

Se trata de un criterio que también es aplicado para el genérico derecho de libertad de expresión, el cual ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Así, en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, dicho organismo internacional destacó lo siguiente: «los límites de la crítica admisible son menos amplios respecto de los particulares, en lo general, que respecto de los políticos y funcionarios en el ejercicio de sus funciones» (fundamento 17).

Así, en las manifestaciones artísticas debe tomarse en cuenta que su contenido muchas veces no exterioriza una simple crítica, ya que puede llegar a contener expresiones (verbales o conductuales) altamente provocadoras, ácidas o controvertidas, como sucede con el uso de la sátira, dirigidas contra servidores públicos o personas de marcada presencia pública. Frente a esta situación, consideramos que deben practicarse 2 análisis distintos. El primero, que parte por reconocer al lenguaje satírico como una forma de expresión más invasiva, irreverente y estrambótica que la crítica tradicional; y el segundo, que exige un umbral de tolerancia más elevado a quienes se encuentran inmersos en el ámbito público y, sobre todo, respecto al ejercicio de sus funciones públicas. Esto último, fue apreciado por el TEDH en el caso *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, cuando estimó valorar la posición pública que ocupaba el sujeto caricaturizado (parlamentario) para decidir que la pintura erótica donde fue retratado no había afectado su honor ni su imagen. Igualmente, en el ya mencionado caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, la Corte Suprema de los Estados Unidos resaltó que la Primera Enmienda constitucional comprende el derecho a criticar a las figuras públicas mediante parodias o caricaturas, aunque fuera con un lenguaje sumamente incisivo.

7. La libertad de expresión artística goza de mayor protección si versa sobre asuntos de interés público

El interés público ha sido definido por la Corte IDH en el caso *Fontevéchia y D'amico vs. Argentina*, como «las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes» (fundamento 61). No obstante, cuando el ordenamiento jurídico otorga protección constitucional a las expresiones de naturaleza artística, ciertamente no se circunscribe a la teoría democrática-institucional de la libertad de expresión, pues esta modalidad particular que sirve

para exteriorizar el pensamiento puede comprender asuntos tan complejos como abstractos, de escaso valor comunitario o ajenos toda referencia política.

Entonces, se parte por admitir *prima facie* que toda manifestación artística tiene cobertura constitucional por formar parte de una libertad comunicativa, pero adquirirá un estándar de protección superior si constituye de interés público, esto es, que se trate de un evento vinculado con el funcionamiento de la cosa pública o goce de meridiania importancia para las personas. Por ejemplo, en el caso *Karatas v. Turquía*, el TEDH consideró que los poemas denunciados tenían un trasfondo político que convertía a la obra artística en una auténtica expresión del interés público, al cobijar un conjunto de críticas hacia el gobierno.

8. Deben optarse por restricciones mínimas para favorecer la difusión del arte

Otra de las pautas que pueden orientar la resolución de los conflictos constitucionales donde se discuta la validez de las expresiones artísticas recae en el deber de preferir o establecer restricciones mínimas en aras de salvaguardar la exhibición del arte y, por consiguiente, el libre flujo de ideas de connotación artística. En el caso *BVerfGE 1585, 13 [Sampling]*, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania sustentó que la conversión de sonidos en otra pieza musical significaba una restricción mínima a los derechos de autor que puede ser tolerada para fomentar el desarrollo de las artes y la difusión de la cultura. Del mismo modo, en el caso *Wingrove v. The United Kingdom*, el TEDH determinó que una película erótica con personajes católicos pudo evitar la lesión contra las normas de la blasfemia, si hubiera establecido determinadas restricciones a su distribución, tales como su exclusividad en tiendas eróticas y un mercado de consumo adulto.

VI. Censura y ¿rectificación? de las expresiones artísticas

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión (artística) no está sujeto a censura, sino únicamente a la imposición de responsabilidades ulteriores. Ello en la medida que dicha restricción esté prevista por ley, se sustente en una finalidad legítima y sea necesaria para una sociedad democrática. Por tanto, en un Estado constitucional de Cultura no cabe admitir la represión de las manifestaciones de arte atendiendo exclusivamente al contenido que encierran sus ideas o la poca esteticidad de su elaboración. Debe garantizarse su máxima difusión, en la medida que fortalece la identidad de las personas, contribuye a un desarrollo educativo más humano y crítico, y robustece los cimientos de nuestro sistema democrático.

De esta manera, si bien el artículo 13.4 de la CADH prevé que los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el objeto de proteger la moral

de la infancia y la adolescencia, esto no puede ser analizado desde una perspectiva literal, pues tales espectáculos perfectamente pueden tener un carácter artístico y, por ende, ser pasibles de una tutela especial que garantice el acceso a la cultura de las personas. Sin embargo, esto no predica el amparo absoluto de esta libertad fundamental, solo reconoce la singular dimensión que ocupa la libertad de expresión en el ámbito artístico. Y es que cuando tales expresiones son emitidas de forma indebida no deben ser toleradas por el Estado ni la sociedad. Así, las personas podrán interponer las acciones civiles o penales que el ordenamiento jurídico les reconozca e, incluso, solicitar su rectificación en forma gratuita, inmediata y proporcional.

La rectificación es un derecho fundamental consagrado en el artículo 2.7 de la Constitución Política, que procede cuando se difunde información inexacta o se emitan expresiones que agraven el honor de las personas. Empero, cuando tales afrentas se realizan mediante imágenes estáticas o en movimiento surgen dudas respecto a la posibilidad de que estas puedan rectificarse, al no tratarse de opiniones escritas o verbales que puedan ser fácilmente corregidas. Para plasmarlo en un ejemplo: Si una caricatura vulnera el derecho al honor y a la imagen de una persona ¿habría la necesidad de hacer otra caricatura rectificando las exageraciones del sujeto? Acaso, ¿esto no vacía de contenido a dicha expresión satírica?

La Corte colombiana ha tenido la ocasión de examinar un caso similar en la sentencia T-787/04, en donde la profesora Rosa Peña Carabalí había solicitado que el artista Caleb Avendaño Mosquera rectifique la información divulgada en su caricatura «La Flor del Trabajo» (propalada en diferentes ambientes públicos y medios de comunicación), por afectar sus derechos a la intimidad, al buen nombre y a la honra. Al respecto, la Corte amparó la acción de tutela sosteniendo que «las personas a quienes se les ha vulnerado sus derechos a la intimidad, al buen nombre y a la honra, tienen derecho a la rectificación del infractor en condiciones de equidad, lo cual exige la satisfacción de por lo menos dos condiciones esenciales, en primer lugar, que la aclaración tenga un ‘despliegue informativo equivalente’ a aquél que produjo la infracción; y, además, debe existir la aceptación o reconocimiento de la infracción cometida» (fundamento 33). Ergo, dispuso que el mencionado dibujante proceda con dicha rectificación en medios escritos y radiales a través de un texto expresamente redactado por el Tribunal, en el que se indica que las caricaturas eran contrarias a la realidad.

En suma, queda claro que el derecho a la rectificación no solo puede invocarse respecto de expresiones escritas o verbales, sino también cuando estas se difundan a través de cualquier figura artística capaz de transmitir ideas que lesionen los derechos fundamentales de las personas y no necesariamente consiste en replantear la misma expresión de arte.

VII. Conclusión

La libertad de expresión artística es un derecho fundamental que no goza de un mínimo desarrollo dogmático o jurisprudencial en nuestro ordenamiento nacional e interamericano, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes geográficas o en el sistema europeo de protección de derechos humanos. En ese sentido, se ha expuesto la necesidad de entender que su ejercicio goza de una singular particularidad en la medida que se inserta en la dimensión cultural del Estado constitucional, el cual concibe a la persona como un ser culto, reflexivo y altamente crítico por el influjo de las artes. Así, las ideas u opiniones satíricas que se emiten mediante las formas artísticas permiten apreciar que esta libertad comunicativa comprende a su vez el reconocimiento de un derecho a la irreverencia como contenido implícito, lo que permite garantizar que las fotografías, películas, caricaturas y otras expresiones apoyadas en la tecnología (como los memes) se definan precisamente por sus críticas vehementes, desagradables y contrarias a lo moral, social y políticamente correcto.

Referencias

- Bork, Robert (1971). Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, 47(1), 1-35.
- Calvo González, José (2008). Libertad de expresión artística ¿Equilibrio de derechos o derechos en equilibrio? *DIKAIOSYNE. Revista semestral de filosofía práctica*, 21(11), 7-44.
- Castillo Córdova, Luis (2008). Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (5), 31-48.
- Cordero, Allen (1999). La desinteresada imaginación artística. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XXXVII (91), 91-99.
- De Verda y Beamonte, José (2014). Discurso satírico y Derecho al Honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31), caso Eon c. Francia. *Revista boliviana de Derecho*, (18), 350-364.
- Dworkin, Ronald (25 de marzo de 2006). El derecho a la burla. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/diario/2006/03/25/opinion/1143241211_850215.html
- Faúndez Ledesma, Héctor (2004). *Los límites de la libertad de expresión*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, Riccardo (2010). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. En M. Carbonell y Pedro P. Grández (Coords.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo* (pp .71-79). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Häberle, Peter (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid, España: Tecnos.
- Häberle, Peter (2003). *El Estado constitucional*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP y Universidad Nacional Autónoma de México.

- Häberle, Peter (2004). *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Hegel, G. W. F. (2006). *Filosofía del arte o estética*. Traducido por Domingo Hernández Sánchez. Madrid, España: ABADA editores.
- Lucas Verdú, Pablo (2000). *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Madrid, España: Dykinson.
- Marciani Burgos, Betzabé (2004). *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Martínez Dalmau, Rubén (2014). Arte, derecho y derecho al arte. *Revista Derecho del Estado* (32), 35-56.
- Meiklejohn, Alexander (1961). The First Amendment Is an Absolute. *Supreme Court Review*, 245. *First Amendment Anthology*.
- Morales Quesada, Juan (2011). *La indeterminación del concepto de arte en la sociedad*. Memoria para optar el grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid, España. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/12344/1/T32798.pdf>
- Pau, Antonio y J. María Roca (2009). Arte y poder. *Estado y cultura*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 49-142.
- Post, Robert (2005). Religión y Libertad de Expresión: retratos de Mahoma. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 6, 24-54. Recuperado de <http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/244/202>
- Smend, Rudolf (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sol Muntañola, Mario (2005). *El régimen jurídico de la parodia*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Vargas Llosa, Mario (12 de febrero de 2006). El derecho a la irreverencia. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/diario/2006/02/12/opinion/1139698806_850215.html
- Vázquez Alonso, Víctor (2014). La libertad de expresión artística: Una primera aproximación. *Revista de Estudios de Deusto*, 62(2), 73-92.
- Zea Marquina, Elizabeth, Pazo, Óscar y Zelada, Katherine (2015). Sátira religiosa y libertad de expresión. Pautas para el análisis de un conflicto recurrente en las sociedades modernas. *Serie Libertades Comunicativas*, 2(2), 1-24.

Sentencias y resoluciones

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso *Eon v. Francia*

Caso *Dieudonné M'Bala M'Bala v. Francia*

Caso *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*

Caso *Karatas v. Turquía*,

Caso *Wingrove v. The United Kingdom*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile

Lagos del Campo vs. Perú

Fontevicchia y D'amico vs. Argentina

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-104/96

Sentencia T-787/04

Sentencia T-391/07

Sentencia SU 626/15

Corte Suprema de los Estados Unidos

Caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988)

Caso *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* 343 U.S. 495 (1952)

Caso *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966)

Caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. Et Al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, Et Al.* 584 U.S. (2018)

Caso *Elonis v. United States*, 575 U.S. (2015)

Caso *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974)

Tribunal Constitucional Federal de Alemania

Caso BVerfGE 30, 173, 54

Caso BVerfGE 75, 369

Caso BVerfGE 83, 130

Caso BVerfGE 67, 21

Caso BVerfGE 1585

Tribunal Constitucional del Perú

Expediente 02976-2012-PA/TC

Expediente 0895-2001-AA/TC

Otros informes y resoluciones

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2015). Resolución N° 2031: «Ataques terroristas en París: juntos para una respuesta democrática». Recuperado de <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21444&clang=en>

Asamblea General de la Naciones Unidas (2013). *El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*. A/HRC/23/24.