

## INTRODUCCIÓN

### EL ARTISTA, ANIMAL TERRITORIAL

Desde la perspectiva filosófica o religiosa se puede construir una visión idealizada de la libertad del hombre, rendir culto a una idea absoluta de las posibilidades de acción o de realización del ser humano. Desde la perspectiva jurídica, desde luego, tal opción es absurda. Cualquier persona no ya formada en derecho, sino mínimamente atenta a cómo discurre la vida en cualquier sociedad, también en una especialmente liberal, sabe que es ridículo pensar que la convivencia sea posible entre seres absolutos, ungidos por la posibilidad de hacer siempre y en todo lugar aquello que les plazca. La libertad jurídica es así, por definición, una libertad limitada. En sociedad se es libre, sí, pero sólo en la medida en que existe un pacto social previo que delimita mi propia libertad dentro de él. La libertad cívica, por lo tanto, es antagónica a aquella previa al contrato social, la libertad del Estado de naturaleza. Los límites propios de esta libertad cívica serían la consecuencia de nuestra específica racionalidad, y serían predicables además de cualquier ámbito de autonomía, por muy ampliamente que esta haya sido definida en una sociedad que hace de la libertad su eje. El mundo del derecho es un mundo donde no hay soberano, ni lo es el Estado ni lo somos nosotros ni nuestros impulsos.

Ahora bien, tan inherente es a nosotros esa racionalidad que nos lleva pactar límites como la pulsión por encontrar un espacio para la anarquía, un hábitat donde el yo no tenga que rendir tributo a orden alguno. En un momento determinado, ese espacio donde poder ejercer, digamos, un fragmento de soberanía radicalmente individual, es el de aquello que hemos

llamado arte. En el mundo que el artista crea él es el soberano y reclama así un territorio propio, al margen del marco de limitaciones que son características de la vida en sociedad. En una entrevista televisiva tardía, muy conocida, y luego publicada como libro, el filósofo francés Gilles Deleuze hacía referencia a esto con una metáfora del todo ilustrativa para nosotros. El interés del artista, del creador, reside para Deleuze en que es una suerte de animal territorial. Con su imaginación, a través de la tarea de crear un mundo, el artista, de la misma manera que aquellos animales territoriales hacen con sus colores, sus gestos, sus olores o sus posturas, delimita un mundo propio, bajo sus normas y con su identidad. Constituir un territorio, nos dice el filósofo, «constituye prácticamente el nacimiento del arte», «es el arte en estado puro... el dominio del tener».

La imagen de Deleuze es tan irresistible que casi dan ganas de aceptarla con todas sus consecuencias en el ámbito del derecho. Lo que queda en el territorio del arte se queda en el territorio del arte, siendo este, de alguna manera, santuario de aquella idea de libertad que perdimos con los límites propios de la vida en sociedad. Nosotros no, pero los artistas sí pueden ser seres absolutos, dado que ellos se mueven, no en sociedad, sino en el cerco de su imaginación, algo que puede y debe permanecer al margen de la voluntad general. Si todas las libertades tienen límites, hay una que no los merece y esa sería la libertad artística.

Desde luego, como ya habrá advertido el lector, hay algo insoportablemente naif en este planteamiento. El arte, como toda actividad humana, está también condicionado por el hecho de la vida en sociedad. Así, como afirma el propio Deleuze, «no hay territorio sin un vector de salida del territorio», y el hecho de que este vector exista, es decir, de que el artista pueda desterritorializarse o de que alguien pueda entrar en sus dominios, implica que el arte es también actividad social, comunicativa, en definitiva, que hacer una obra de arte es asimismo, de alguna manera, aventurarse. Ahora bien, la imagen del artista

como animal territorial, si bien no nos puede servir para construir una teoría general sobre la inmunidad jurídica de estos sujetos, sí nos informa sobre algunos elementos distintivos que necesariamente van a marcar la discusión jurídica sobre los límites a la libertad artística y que, de alguna forma, son los que dan estructura a este libro.

Así, esa idea territorial del artista está fundamentalmente vinculada al hecho de que, por lo general, el arte se mueve en un mundo de ficción o de representación, en donde las cosas pasan sólo en un sentido figurado y, por lo tanto, al margen de aquellos límites que pueden imponerse a los actos que son reales. En tanto la ficción no daña, el arte demandaría una excepción general a ese principio del daño, al que acudimos para delimitar de forma general la libertad. El artista, soberano de su territorio y de sí mismo, será también, de alguna manera, exponente de una forma de vida que, en tanto enclaustrada y, con ello, inofensiva, debería situarse al margen de cualquier delimitación por parte del derecho, cuya única función sería permitir que este pueda vivir a su aire. Así, si bien todos somos titulares de la libertad artística, la realidad sería que, al igual que la libertad de información la han definido los periodistas con su quehacer, la libertad de expresión artística lleva la impronta de unos tipos que, por lo menos desde el Romanticismo en adelante, podemos considerar como especiales, ensimismados y poco proclives a aceptar cualquier orden del discurso que no sea el propio.

Como veremos, la reflexión jurídica que hagamos sobre la libertad artística atenderá a esta «excepción de ficción» a la hora de pensar la responsabilidad jurídica del arte, y también al hecho mismo de que «la obra de arte es un lugar donde cada hombre es único», o la idea proustiana de que el arte es una escuela, la más sobria y severa, de vida. Sin embargo, la dificultad para pensar jurídicamente los límites del arte nace de que, a pesar de todo lo dicho, el artista, ese animal territorializado, ha

querido también, a partir de un momento dado, no sólo ejercer de profanador natural de todo tabú, sino desafiar los propios límites que la sociedad establece de forma general a través del derecho. Es decir, salir de ese territorio para dejar su marca en el territorio ajeno. El artista ha peleado, y en buena medida logrado, su derecho a la irreverencia. Ahora bien, ese juego con la irreverencia, aunque integre victoriosamente la imagen de la libertad artística, en ocasiones va a pisar el ámbito propio de otros bienes jurídicos, encontrándose así el arte con sus límites. Específicamente, como se verá, cuando el arte abandona la representación, cuando juega temerariamente con la ficción, o cuando mezcla ficción con realidad, la pregunta de si la libertad artística puede tener límites únicamente admite una respuesta afirmativa.

Pero desde una perspectiva constitucional la forma en la que el artista se ha comprendido a sí mismo y su propio cometido plantean otra discusión. Las libertades de comunicación se reconocen no sólo como tales libertades, sino también como instituciones democráticas. El discurso público, por lo tanto, merece una protección específica en tanto este posee una inequívoca dimensión democrática u objetiva. Sobre su base se construye la opinión pública, que es presupuesto de todo modelo de organización política, y es por ese motivo por el que, normalmente, los tribunales ofrecen una tutela específica a las libertades de expresión y de información. Esa idea del artista como animal territorial, cuando conlleva, como en un momento determinado de la historia del arte ocurre, el compromiso radical del autor con la inutilidad de su obra o el desprecio a su inteligibilidad, cuando «la obra de arte no tiene otra cosa que a sí misma para darse»<sup>1</sup>, hace que emerja la pregunta de si es coherente otorgar a la libertad artística el mismo estatus

---

1. Wittgenstein, L., *Aforismos Cultura y Valor*, Austral, Madrid, 1995, p. 115, aforismo 335.

constitucional que a las libertades a través de las cuales transmitimos opiniones, ideas o información relevante. Como intentaré demostrar en este trabajo, considerando la complejidad del discurso artístico, donde es el espectador quien de algún modo cierra el significado de la obra, pero, sobre todo, la propia dimensión política, ya sea indeseada, de los movimientos artísticos más deliberadamente herméticos y apolíticos, la respuesta, en este caso también, solo puede ser afirmativa.

Decíamos que ese animal que es el artista es proclive a husmear fuera de su territorio. Ahora bien, del mismo modo que ese territorio va a tener un vector de salida, los habrá de entrada, ya sea a pesar del creador. Es decir, que el territorio del artista, incluso cuando este ha querido no más vivir en los límites de su figuración, ha sido una y otra vez, históricamente, objeto de intervención, fundamentalmente por parte del Estado y, por lo general, a través de aquello que Lord Devlin denominó, de mejor manera imposible, como derecho de la moralidad. Es decir, a través de reglas que protegen a la sociedad de aquello que, en una determinada cultura, cae dentro de conceptos como lo sacrílego, lo obsceno, lo moralmente intolerable, en suma. Así, este trabajo no podía esquivar la tarea de ver hasta qué punto estos límites basados en la moralidad pueden, dentro de un orden constitucional liberal, servir de fundamento para la restricción de la libertad de crear. Nuestra tesis será que no lo son, aunque, en esa tarea de demostrarlo, nos tendremos que preguntar, no sólo por las nuevas moralidades que intentan que el ordenamiento jurídico asuma su sensibilidad y las convierta en límite para todo discurso, sino también por la irrupción de nuevos contextos limitadores de la libertad artística, donde ya no es el Estado, sino la propia sociedad, la que define estrategias exitosas para anatemizar en la opinión pública ciertas expresiones que el ordenamiento jurídico, sin embargo, no prohíbe. En definitiva, dado que este libro, en el fondo, no es sino una reflexión sobre la censura no podía cerrarse sin dedicar

un pequeño espacio a pensar si el derecho tiene algo que decir frente a eso que hemos convenido en llamar la «cultura de la cancelación».

Y finalmente, habría que considerar, desde la perspectiva jurídica también, el momento en el que el artista y el Estado deciden salir el uno al encuentro del otro, es decir compartir territorio. Un hecho que se produce cuando el Estado se convierte en patrón de las artes, cuando se comprende la libertad artística como una libertad asistida, y el artista, por su parte, acepta el trato, asumiendo así que su territorio no se encuentra del todo extramuros de la ciudad, sino que, de alguna manera, forma parte de ella, y está bajo el umbral de su gobierno. La pregunta que aquí se impone, en definitiva, es la de hasta qué punto puede el Estado aspirar a lograr legítimamente por la vía de la subvención aquello que no puede hacer por la vía de la prohibición: la censura.

No debo acabar esta introducción sin una advertencia al lector. Como reza el título de este trabajo, mi intención, no sé si lograda, es la de llevar a cabo, desde el derecho, una pequeña reflexión, de corte ensayístico, sobre los límites a la libertad artística. Desde el principio, y no pocas veces eso hizo que estuviera a punto de echarme atrás, fui consciente de que dicha reflexión no podía hacerse desde el exclusivo lenguaje del derecho. Es decir, a través de una recopilación y comentario de lo que los juristas, fundamentalmente por medio de sus sentencias, han decidido con relación a la libertad de creación y sus límites. Para pensar esta libertad, por el contrario, he entendido que es indispensable el auxilio de ámbitos que en principio resultan ajenos al jurista, como la estética o la filosofía del arte, o del propio arte en sí, como espacio de reflexión. Si cuando estudiamos la libertad religiosa nos tenemos que preguntar qué es religión, a los efectos jurídicos, y para ello, necesariamente, tenemos que acceder a la sociología de las religiones o a su historia; cuando nos preguntamos por los límites del arte, no podemos

esquivar la pregunta de qué es arte o qué es la creación artística. En definitiva, debemos meternos, como quien dice, en camisa de once varas. La parte más teórica o especulativa de este estudio, como se verá y como ya se ha avanzado, toma partido, y por razones de puro pragmatismo jurídico, por una idea de arte que sitúa al artista en el centro de la propia definición: arte es lo que los artistas hacen. Creo que esta opción es también la más modesta, es decir, la que evita el riesgo de que, desde el saber jurídico, se pretenda juzgar no ya la licitud de ciertas expresiones, sino su propia calidad, belleza, significado o esencia.

La segunda de las advertencias a la que debo hacer mención tiene que ver con la jurisprudencia, con los casos escogidos como soporte de una reflexión general sobre la libertad artística. Al no tratarse de un estudio circunscrito a un ordenamiento en concreto, buena parte de él se ha basado en indagar en aquellos litigios de alguna forma arquetípicos de los principales problemas que hoy puede plantear la delimitación de este derecho, siempre dentro de ordenamientos que, digamos, comparten un «aire de familia» liberal. En cualquier caso, y esta es mi advertencia, se trata, en muchos supuestos, de lo que llamamos «casos difíciles», cuando no exóticos o extremos. Así, lejos de seguir el prudente aforismo del *common law*, de que *con los casos difíciles se hace mal derecho*<sup>2</sup>, aquí se ha apostado por lo contrario: acudir a litigios, bizarros y enrevesados en ocasiones, con la intención de aclarar los límites de la creación artística. Una opción, no sé si acertada, que se toma a partir de la intuición de que, dado que en el artista existe una tendencia o inercia a situarse allí donde se encuentran los márgenes, sólo estudiando los litigios que en dichos márgenes se han producido o se

---

2. Dicho aforismo, *hard cases make bad law*, ha sido más de una vez contestado académicamente. Es una referencia, entre otros trabajos, el de Schauer, F., «Do Cases Make Bad Law?», *University of Chicago Law Review* 73 (Summer 2006), pp. 883-931.

producen, podemos hacer un buen derecho, una buena teoría, digamos, sobre esta libertad. En cualquier caso, no he podido evitar, en la glosa de esos casos difíciles, tomar partido, con la seguridad de que el lector, en muchos casos, va a pensar lo contrario que yo y quizá con mejores razones que las mías.



## UN PRESUPUESTO DE PARTIDA: EL ARTE COMO COMUNICACIÓN

El profesor de Oxford Quentin Skinner dedica todo un ensayo a los frescos que Ambrogio Lorenzetti pintara para la *Sala dei Nove del Palazzo Comunale* de Siena. Su tesis es que, tras esa pintura, y al contrario de lo que han mantenido muchos comentaristas, no se esconde una síntesis de la filosofía aristotélico-tomista, sino una teoría republicana del buen gobierno, inspirada en los clásicos de la Antigua Roma. La obra demostraría que ya en la época prerrenacentista existía una filosofía política construida sobre una serie de conceptos propios del pensamiento romano clásico, como la virtud, la concordia o la igualdad<sup>3</sup>. Los frescos de Lorenzetti, en cualquier caso, no sólo responderían a un estricto canon estético, sino que además de esa excelencia técnica, la pintura sería en sí misma una fuente de conocimiento y de reflexión política. En definitiva, es un cuadro ejecutado conforme a una tradición que además nos dice algo. Detrás de él encontramos inequívocamente un discurso.

En abril de 1917, Marcel Duchamp presentaba, en una exposición organizada por la Sociedad de Artistas Independientes en la ciudad de Nueva York, una escultura consistente en un urinario de porcelana con la firma R. Mutt estampada en su parte inferior izquierda. La voluntad del artista había elevado un objeto cotidiano a la dignidad de obra de arte, y aquello no era más que el principio. De los frescos de Lorenzetti al urinario de Duchamp hay un espacio de tiempo en el que muchas manifestaciones de lo que consideramos arte han perdido su

---

3. Skinner, Q., *El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

carácter objetual, su conexión con la tradición narrativa y figurativa, su carácter cultural y su pretensión de verdad<sup>4</sup> o de inteligibilidad. Se ha producido una ruptura a partir de la cual buena parte del arte no quiere ser otra cosa que arte<sup>5</sup> y no decir nada inteligible. Como resumiera Ortega, testigo, en buena medida, de ese momento, si algo hay de específico en la modernidad artística es que ya «no se trata de que a la mayoría del público no le guste la obra joven y a la minoría sí. Lo que sucede es que la mayoría, la masa, no la entiende»<sup>6</sup>.

A partir de estos presupuestos, la pregunta que inevitablemente surge, desde una perspectiva constitucional, es la de si, realmente, un arte que no quiere decir o que no busca comprensión, es merecedor de la tutela que le es propia a las libertades comunicativas, precisamente por lo que transmiten de juicios, de valores o de información. Allí donde el arte quiere permanecer dentro de un mundo hermético y confuso, sin un mínimo compromiso con la inteligibilidad, con el solo fin de provocar una emoción estética o, en su caso, de reflexionar conceptualmente sobre el arte en sí, se podría pensar que es

---

4. Sobre este abandono del artista de cualquier indagación científica a través de su obra, insiste Max Weber. En la frontera de la modernidad, en «los artistas experimentales del tipo Leonardo y de los innovadores musicales, la ciencia significaba el camino hacia el arte verdadero, que para ellos era también el de la verdadera naturaleza. Había que elevar el arte a la categoría de ciencia, y esto significaba sobre todo que, por su rango social y el sentido de su vida, el artista tenía que ser equiparado con el doctor. Esta sería la ambición que late en el fondo del Tratado de la Pintura de Leonardo... Esto sonaría como una blasfemia en los oídos de la juventud». Weber, M., *El político y el científico*, Ed. Alianza, Madrid, 2007, p. 206.

5. Véase Gadamer, H.-G., *La actualidad de lo bello*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 59. Parece ser que quien primero emplea la expresión «l'art pour l'art» fue Benjamin Constant en su *Diario íntimo*, según nos cuenta Egbert, D. D., «The Idea of avant-garde in Art and Politics», *Leonardo*, vol. 3, nº 1 (Jan., 1970), pp. 76.

6. Véase Ortega y Gasset, J., «La deshumanización del arte», en Ortega y Gasset, J., *Obras Selectas*, Ed. Espasa, Madrid, p. 408.

incoherente utilizar la misma óptica con la que analizamos la libertad de expresión como libertad pública. El arte ensimismado se integraría mejor dentro del estatus de un derecho general de libertad, pero no bajo el amparo jurídico privilegiado que ofrecemos a dos pilares del Estado democrático, como las libertades de expresión e información.

Esta última es la opinión de un muy conocido estudioso de la Primera Enmienda, el profesor Mark Tushnet. Para Tushnet es más que dudoso que, en un ordenamiento como el norteamericano, haya de estar amparada por la Primera Enmienda una obra carente de mensaje o discurso, como la del pintor expresionista abstracto, Jackson Pollock<sup>7</sup>. Una tesis que fundamenta sobre el hecho de que el arte no es siempre cognoscitivo o comunicativo, sobre todo desde la irrupción de ciertas manifestaciones artísticas, propias de las vanguardias y la postmodernidad, y que están marcadas por el hermetismo o el subjetivismo radical. Desde estas premisas, aplicar a un cuadro de Pollock la protección de la Primera Enmienda no tendría razón de ser. Sólo en aquellos supuestos en los que el artista utiliza la emoción estética como vehículo para transmitir una idea, una opinión, o un juicio de valor que sobrepasa los contornos de la pura emoción o reflexión artística, es decir, sólo allí donde es discurso público, podría considerarse que el arte es exponente genuino de un acto comunicativo, y que, por lo tanto, es merecedor de una protección jurídica análoga a la

---

7. Tushnet, M., «Art and the First Amendment», *Columbia Journal of Law and the Arts*, vol. 35, 2012. La insistencia en Pollock no es casual, y es que en la conocida sentencia *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, relativa a la prohibición de la participación de gays y lesbianas en la marcha anual de los irlandeses por Boston, el Juez Souter defendió una visión, digamos extrínseca, de la libertad de expresión, tomando como referencia el receptor del mensaje, para lo cual no dudó en afirmar que los cuadros de Jackson Pollock están amparados por la Primera Enmienda. *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557, 1995.