

LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA ¿EQUILIBRO DE DERECHOS O DERECHOS EN EQUILIBRIO?

José Calvo González*
jcalvo@uma.es

Resumen

La creatividad artística, específica dimensión de la libre autoactividad del individuo pero también de alcance social o institucional, es contemplada jurídicamente como una manifestación de la libertad de expresión. En este artículo se intenta determinar cuándo, cómo y bajo qué circunstancias la libertad de creación artística puede y debe ser limitada. Se analizan diversas experiencias litigiosas resueltas por los Tribunales internacionales de Europa e Iberoamérica (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), de acuerdo con principios procedimentales de cobertura legal, finalidad legítimo y necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad, desde la elaboración jurisprudencial de conceptos y apreciaciones como “la

* **José Calvo González** (N. Sevilla 1956). Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla, especialidad de Derecho Privado (1979). Doctor en Derecho (1984). Prof. Titular de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho la Universidad de Málaga. Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Audiencia Provincial de Málaga (España) (1996). Vocal de la Junta Directiva de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y miembro del Consejo de Redacción del *Anuario de Filosofía del Derecho*. Ministerio de Justicia, Madrid. Miembro de la Association Française des Historiens des Idées Politiques (Université d’ Aix-en-Provence. France). Miembro de la International Association for the Semiotics of Law. Miembro de l’ Equipe Internationale de Philosophie pénale (Institut de Criminologie. Université de Paris II. [Panthéon-Assas]). Miembro del Instituto Jurídico Interdisciplinario de la Faculdade de Direito (Universidade do Porto. Portugal, 2002). Miembro del Global Core Team y Team Research of *Human Dignity and Humiliation Studies*, Columbia University Conflict Resolution Network, New York (2005). Profesor Titular de Teoría y Filosofía del Derecho en la UMA. Es conferencista internacional y autor de libros y numerosos artículos publicados en revistas científicas de diversos países: España, Portugal, Francia, Holanda, Italia, República Checa, Grecia, Brasil, Perú, Nicaragua, México. [Conferencia pronunciada en el V Master Universitario en Comunicación y Cultura, Ciclo “Nuevas fronteras de la cultura y la comunicación”. Sala Ámbito Cultural. El Corte Inglés, Málaga, 13 de octubre de 2007].

Fecha de recepción de este artículo: 05/09/2008
Fecha de aceptación: 30/09/2008

protección del derecho de otros” y “el razonable equilibrio de sacrificios”. Asimismo con relación a la interferencia de parámetros extrasistemáticos, políticamente o religiosamente correctos (los sentimientos religiosos, una inaceptable vulgaridad, lo considerado desenfrenado o repulsivo, y otros), limitadores de *facto* de la libertad de expresión artística.

Palabras clave: Derechos humanos. Libertad de expresión artística. Censura. Interés público o general. Creatividad vs. Censura.

FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION. BALANCE OF RIGHTS OR RIGHTS IN BALANCE?

Abstract

The artistic creativity, specific dimension of the free individual self-activity but also of social or institutional reach, is regarded legally as a manifestation of freedom of expression. In this article tries to determine when, how and under what circumstances freedom of artistic creativity can and must be limited. Diverse litigious experiences solved by the international Courts of Europe and Ibero-America (Inter-American Court of Human Rights and European Court of Human Rights) are analyzed, in agreement with the procedural principles of legal cover, legitimate purpose and necessity in a democratic society and proportionality, from the jurisprudential elaboration of concepts and appreciations like “the protection of the right of others”, “the intensity, gravity or gratuitous character of the offense” and “the reasonable balance of sacrifices”. Also with relation to the interference of politically or religiously correct extra-systematic parameters (the religious sentiment, an unacceptable vulgarity, the repulsive or unbridled considered, and others), limitors of *facto* of the freedom of artistic expression.

Key words: Human Rights. Freedom of artistic expression. Public or general interest. Creativity vs. Censorship.

“Il y a des mots qui font vivre
Et ce sont des mots innocents
Le mot chaleur le mot confiance
Amour justice et le mot liberté”
Paul Éluard, “Gabriel Perri”, de *Cita alemana* (1945).

“That our civil rights have no dependence on our religious opinions,
any more than our opinions in physics or geometry”
Thomas Jefferson, *Draft of a Bill for Religious Freedom* (1777)

0. Para un fundamento filosófico-jurídico de la libertad de expresión artística

Al penetrar en los territorios de la Filosofía del Arte no parece desaconsejable, y es seguramente obligado antes incluso que prudente, la oportuna referencia a la concepción postkantiana de la Estética. Sobre la dimensión y función estética ilustran los escritos de los tres fundamentales herederos del pensamiento kantiano: Schiller, Fichte y Schelling. En las páginas de *Sistema del Idealismo Trascendental*, en las lecciones de Jena y Wurzburg sobre *Filosofía del Arte* o en su Discurso sobre *La relación de las artes figurativas con la naturaleza*, el idealismo absoluto de Schelling atribuye al acto estético el carácter de “actividad originaria del espíritu” y última fase, etapa sintética, del proceso de autoconciencia. La infinitud expresiva de “ideas” contenidas en la suprema identidad absoluta del yo materializa con el arte en expresividad de figuraciones finitas, de modo que es mediante el arte como se llega a una plenaria revelación de lo absoluto¹. Asimismo, el sujeto creador actúa para Fichte por *hormé aisthétiké*, por un impulso estético, de naturaleza no contingente, del todo sobrepuesto al impulso cognoscitivo y al impulso práctico, y cuya específica dimensión forma parte de la “libre autoactividad”². Impulso que en las *Cartas sobre la educación estética del hombre* de Schiller va presentado como *pathos* lúdico o “impulso de juego” (*Spieltrieb*) en sintético despliegue (*schein*) del impulso material (*Stofftrieb*) o impulso sensual, plegado a la materia y a lo particular, y del impulso formal (*Formtrieb*) o impulso de seriedad, plegado a la aceptación de un principio ordenador racional y moral. Así el reino de la libertad estética es “reino alegre de juego y de apariencia, donde el hombre —escribe Schiller— se despoja de los lazos que por doquier le tienen sujeto y se libera de todo cuanto es coacción, tanto en lo físico (“reino terrible de las fuerzas naturales”) como en lo moral (“sagrado reino de las leyes”)³. Así, el arte, que libera de la no-libertad, es guía para la acción de autonomía y autodeterminación humana pero igualmente comporta una dimensión social o

institucional en mira al descubrimiento y educación de la aplazada sociedad libre, Estado estético, donde principia la libertad política.

Pues bien, si de este acercamiento breve y condensado, y aún elemental como exento de detalle sobre ciertas distancias y desacuerdos entre sus mentores, resulta claro que es en la reflexión estética del idealismo donde mejor podremos situar el moderno fundamento filosófico-jurídico de la expresión artística como experiencia autorrealizadora de la libertad humana individual (derecho subjetivo) y colectiva o social (libertad pública), todavía sin embargo es muy limitado el conocimiento que en aquella se suministra respecto a la naturaleza jurídica de las categorías derecho subjetivo y libertad pública. En una teoría de los derechos esa necesaria información complementaria se alcanza a través de los instrumentos internacionales y textos normativos de Derecho interno que integran el régimen jurídico positivo básico de la libertad de expresión artística.

1. Régimen jurídico positivo básico de la libertad de expresión artística. Instrumentos internacionales y textos normativos de Derecho interno

Un testeo de la locución “libertad de expresión artística” nos la muestra explícita o implícitamente recogida entre las diversas manifestaciones que abarca la libertad de expresión.

Así, entre los instrumentos de ámbito universal, la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217. III, del 10 de diciembre de 1948) luego de reconocer en su Art. 19 el derecho de todo individuo a “la libertad de opinión y de expresión”, incluyendo en él —como libertad negativa— el “de no ser molestado a causa de sus opiniones”, y —como libertad positiva— “el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, asimismo parece integrar además la libertad de expresión artística en el derecho de toda persona “a tomar parte libremente en la vida cultural de la Comunidad”, según va enunciado por el Art. 27.1, quedando el inciso 2 como reconocimiento a toda persona del derecho a “la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. La libertad de expresión artística también figura efectivamente recogida, y ya de modo más explícito, en el Art. 27.2 en el Art. 19.2 del *Pacto Internacional de*

Derechos Civiles y Políticos (New York, 19 de diciembre de 1966), donde se reconoce a toda persona el derecho a la libertad de expresión, comprendiendo éste “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o *artística*, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Su ejercicio, por entrañar “deberes y responsabilidades especiales”, permite no obstante ciertas restricciones, las que habrán de estar expresamente fijadas por la ley y “ser necesarias” para el aseguramiento del “respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” [Art. 19.3 a) y b)]. Sí importa destacar que la ausencia de cualquier otra precisión restrictiva inclina a entender como excluida de la “necesidad” el que contenido del ejercicio de la libertad de expresión artística debe hallarse sujeto o conectado a asuntos de interés público.

Esa misma orientación presidió el primer instrumento internacional en el espacio regional americano, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948) que en su Art. 4 establecería el derecho de toda persona “a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento *por cualquier medio*”, continuándose con posterioridad en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969), cuyo Art. 13. 1, sobre Libertad de pensamiento y de expresión, reprodujo literalmente la citada redacción del 19.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y asimismo las restricciones que respecto de su ejercicio en él se consignaban si bien con el específico añadido de la interdicción de “previa censura” [Art. 13.2], o la negativa frente a su obstaculización o restricción “por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”⁴ [Art. 13.2].

Para el espacio regional europeo, donde opera el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (Convenio de Roma, 4 de Noviembre de 1950), su Art. 10.1 [en la actualidad Art. 11 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 18 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01)], dentro de la protección otorgada *prima facie* al derecho a la libertad de expresión, menciona comprendidas “la libertad

de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas”, prohibiendo la injerencia de autoridades públicas aunque sin impedir [*in fine*] “que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa y sin consideración de fronteras”. Del resto [Art. 10.2], con relación al ejercicio de dichas “libertades” éste “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Finalmente, en el espacio nacional español y de acuerdo al Art. 20.1 de la Constitución Española de 6 de Diciembre de 1978, se reconocen y protegen entre otros el *derecho* “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” [letra a)], así como a “la producción y creación literaria, *artística*, científica y técnica” [letra b)]. En lo demás, el ejercicio de estas “*libertades*” —que no podrá restringirse “mediante ningún tipo de censura previa” [Art. 20.2], habiendo de ser el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información siempre acordado en virtud de resolución judicial [Art. 20.5]— en todo caso encuentra su límite “en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” [Art. 20.4].

Debe señalarse no obstante que la ambigua redacción adoptada por el constituyente para la letra b) del Art. 20.1, donde claramente se percibe el eco de Art. 27.2 de la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, ha originado interpretaciones de elaboración iusprivatista⁵ por las que la libertad de expresión artística no encontraría acogida en él, considerando que la tutela que allí se otorga concierne en exclusiva al derecho de propiedad intelectual, y sólo también para con su vertiente moral (divulgación), siendo que la patrimonial estaría localizada en el Art. 33, sobre la propiedad privada. La resulta en este descarte de la libertad de expresión artística sería que la posibilidad de que se puedan expresar ideas a través de medios literarios, artísticos, científicos o técnicos sólo encontraría la protección constitucional del derecho de autor

con y a partir su efectiva producción o creación, antes de lo cual el individuo sólo dispondría de un derecho genérico de libertad para producir o crear obras literarias, artísticas, científicas o técnicas que o bien carece del amparo constitucional propio de un derecho fundamental, o bien como concretable en la libertad de elegir el contenido de su creación y la forma en que lo expresará, se ubica más adecuadamente en la letra a) del mismo Art. 20.1 recibiendo la garantía que allí se dispensa.

Sea como fuere, y al margen de poder volver más adelante sobre tal cuestión⁶, lo hasta aquí reunido a través de la consulta de instrumentos internacionales⁷ y algún texto normativo de Derecho interno, como la Constitución española, apenas sin embargo permite concretar sino muy condicionadamente el particular alcance del derecho a la libertad de expresión artística. Avanzar en ese panorama sólo parece posible indagando el tratamiento dado en ocasión de las resoluciones adoptadas por Cortes internacionales europeas o iberoamericanas, lo que aquí se hará, reservando para un estudio ulterior esa misma pesquisa en nuestro ordenamiento jurídico nacional por las sentencias del Tribunal Constitucional, amén de en las dictadas desde el Tribunal Supremo español, y eventualmente en ciertos tribunales federales o locales en otros países.

2. El tratamiento de la libertad de expresión artística en las Cortes y Tribunales internacionales de Iberoamérica y Europa

Los criterios elaborados por las Cortes internacionales sobre libertad de expresión artística que aquí presentaré proceden tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esta última únicamente se registra, que conozca, un pronunciamiento sobre el asunto específico de la libertad de expresión artística como vinculado a la libertad de expresión que en que aquélla se alberga. Dicha escasez jurisprudencial no es sin embargo signo de insuficiencia de criterios, y en efecto puede en parte completarse por remisión a los informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siendo así concretamente que en el correspondiente a 1982-1983 y en relación a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en su Art. 13.2 ya se declaró con rotundidad que “La censura previa a la prensa, a los libros, a las producciones artísticas en general y el veto en ocasiones a escritores y artistas son manifestaciones más propias de sociedades totalitarias que deben ser desterradas de nuestro hemisferio”⁸. Lo anterior inclina a una

concepción de la libertad de expresión artística en especial identificada desde su dimensión individual antes que en la colectiva o social de libertad política⁹. Criterio que en lo básico se asumió en el ámbito de los tribunales locales¹⁰ por la Corte Suprema argentina en el *caso Columbres y otros c. Nación Argentina* al sostener que la libertad de creación implica la producción artística a través de todas sus formas y más en particular que “la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión [arts. 14, 32 y 33 de la Constitución nacional] abarca las diversas formas en que aquélla se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte”¹¹. De este modo, finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva N° 5, de 13 de septiembre de 1985 distinguió —sin separar— para la libertad de expresión una doble dimensión, que en atención no al contenido como tampoco al interés público o no del asunto, sino a la forma en que las informaciones o ideas se expresen (Art. 13.1 CADH), siendo oral o artística será individual¹², y colectiva o social si se verifica mediante imprenta¹³, coincidiendo entonces con la libertad informativa. Con todo, no fue hasta el año 2001 que la CIDH, en ocasión del *caso Olmedo Bustos y otros c. Chile*, relacionado con la censura de la obra cinematográfica *La última tentación de Cristo*¹⁴, elaboró criterio disponiendo:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) 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. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por

la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Está prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”¹⁵.

Como fácilmente se aprecia la doctrina de la Corte ordena en síntesis lo declarado en la DADDH (Art. 4) y CADH (Art. 13. 1 y 2), más arriba recogido. Aparte ello, la importancia de su dictado interpretativo en orden a la violación del derecho a la libertad de expresión frente a la censura impuesta a las obras cinematográficas, en concreto decidiendo que Chile debía “modificar su ordenamiento jurídico interno”, pues su Constitución en lo referente a censura previa era contraria a la CADH, se revela en el deber de adecuación del Derecho interno a la CADH¹⁶ expresado como sigue: “Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”. De igual manera, la Corte subrayó de nuevo la dimensión individual y social¹⁷ de la libertad de expresión, apostillando que debían ser garantizadas “en forma simultánea”¹⁸.

Por lo que se refiere al sistema europeo de protección de Derechos Humanos cuatro son las decisiones especialmente destacables. La primera de ellas, *caso Müller y otros vs. Suiza*, relaciona con la exposición de arte contemporáneo *Fri-Art 81*, celebrada en edificio del antiguo Gran Seminario de Friburgo, destinado a su demolición, donde el pintor suizo Josef Felix Müller (1955) colgó la obra titulada *Drei Nachte, drei Bilder (Tres noches. Tres cuadros)*. El día de la inauguración, el Fiscal General del Cantón de Friburgo informó al Juez de Instrucción que los mencionados cuadros parecían infringir el artículo 204.1 del Código Penal suizo, que prohíbe las publicaciones obscenas y ordena que se destruyan, pudiendo uno de ellos atentar contra la libertad de creencias y cultos (Art. 206 del mismo texto legal) . El 24 de febrero de 1982, el Tribunal de lo penal del Distrito de Sarine lo condenó por publicaciones obscenas, a una multa

de 300 francos suizos, absolviéndoles de la acusación de ataque a la libertad de creencias y de cultos. Resolvió además entregar los cuadros secuestrados al Museo de Arte y de Historia del Cantón de Friburgo para su conservación. El tribunal puntualizaba en su fallo, que “la obscenidad, a tenor del artículo 204 del CP, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser aclarado por medio de la interpretación, teniendo en cuenta el sentido y el propósito de la norma y su posición en la ley y en el ordenamiento jurídico en general”, añadiendo: “En este caso, aunque es cierto que las tres obras de Müller no excitan sexualmente a una persona de sensibilidad normal, provocan por lo menos repugnancia. La impresión de conjunto que producen es que las personas representadas dan libre paso a su lujuria e incluso a su perversión. Unas imágenes así —sodomía, felación, bestialidad, falos en erección, masturbación— se oponen evidentemente a la concepción moral de la gran mayoría de los ciudadanos. Aunque es verdad que hay que tener en cuenta la evolución de las costumbres, incluso cuando da paso a una degradación, aquí se trata más bien de una revolución. No es necesario comentar las obras secuestradas: basta mirarlas para darse cuenta, sin acudir a otros motivos, de su vulgaridad”. Tras un largo y no venturoso peregrinaje procesal Müller, y otros artistas, apelaron a la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1983, la que el año 1985 admitió a trámite la demanda al apreciar infracción del Art. 10 en cuanto al secuestro de los lienzos, aunque manteniendo la sentencia condenatoria impuesta por el tribunal local. Con esa oportunidad el informe de la Comisión señaló¹⁹ que el Art. 10 de la Convención, sobre libertad de expresión, también abarcaba la expresión artística. La dimensión que a ella correspondía se vinculaba con el debate democrático, por tanto mostrando las expresiones artísticas dotadas del alcance y sentido colectivo o social de libertad política. Más tarde, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que la condena así como el secuestro de los cuadros constituían una injerencia en la libertad de expresión de los demandantes, que para considerarse lícita debía ser justificada en conformidad con el Art. 10 del Convenio²⁰. En su fallo resolvió aceptar que la medida era legal y que el fin perseguido por la condena era legítimo como destinado a proteger la moral pública²¹. Puntualizó igualmente que “el artista y los que promueven sus obras no están libres de las posibles limitaciones que regula el aparte 2 del Art. 10. Quienquiera que ejercita su libertad de expresión asume, en efecto, según los propios términos de este apartado, *deberes y responsabilidades*, su alcance dependerá de su situación y de los medios que utilice”²². En cuanto al concepto de *moral*, declaró: “no es posible encontrar en el ordenamiento legal y social de los distintos Estados Contratantes una concepción uniforme de la

moral. La idea que tienen de ella y de sus exigencias varía en el tiempo y en el espacio, sobre todo en nuestra época, caracterizada por una profunda evolución de las opiniones en esta materia. Las autoridades estatales, debido a sus directas y constantes relaciones con la realidad vivida de su país, están en principio en mejores condiciones que el Tribunal Internacional para pronunciarse tanto sobre el exacto contenido de tales exigencias como sobre la *necesidad* de una *restricción* o de una *sanción* para atenderlas”²³. Y todavía añadió: “Reconoce el Tribunal —como lo hicieron los tribunales antes citados— que las concepciones de la moral sexual han cambiado estos últimos años. No obstante, después de examinar los cuadros objeto del litigio, cree que no les faltaron razones a los tribunales competentes para considerarlos *de naturaleza susceptible de herir brutalmente*, por el realce dado a la sexualidad en alguna de sus formas más crudas, *la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal*”. Así, pues, junto a desistir en una definición de la idea de moral, se reenvía a la apreciación vigente que sobre *moralidad* exista en una determinada sociedad con arreglo a lo que un hombre razonable entienda por tal, o lo que es igual de común con lo que una persona razonable considere inmoral. Con estos mimbres argumentales y los principios procedimentales (cobertura legal, fin legítimo según el Convenio y necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad²⁴) y estimado el margen de discrecionalidad concedida a los tribunales suizos en la materia, el TEDH concluyó que las medidas impugnadas (multa y secuestro) no constituían violación del Art. 10 de la Convención²⁵.

La segunda oportunidad de pronunciamiento en interés a la libertad de expresión artística llegó en 1994 con el *caso Otto Preminger-Institut vs. Austria*. En mayo de 1985, la asociación de este nombre, con sede en Innsbruck (Austria), había dado a conocer mediante anuncios en la prensa y carteles publicitarios la proyección en sus instalaciones de la película *Das Liebeskonzil (El concilio del amor)*, dirigida por Werner Schroeter (Georgenthal/ Thüringen, 1945)²⁶, adaptación de *Das Liebeskonzil. Eine Himmelstragödie in fünf Aufzügen (Concilio de amor. Una tragedia celestial)*²⁷, del psiquiatra austriaco Leopold Hermann Oskar Panizza (1853-1921)²⁸, tragicomedia —mejor sátira grotesca— que estrenada en 1895 había sufrido la censura de Guillermo II y valió a su autor la condena a un año de prisión por delito de blasfemia²⁹. La publicidad, por lo demás, expresamente alertaba acerca de algunas circunstancias como la caricatura de determinados principios y dogmas del cristianismo, el presentar las creencias religiosas con los mecanismos de opresión o el contenido de intensa carga erótica de varias escenas protagonizadas por Jesucristo o la Virgen María.

Por el Ministerio Fiscal, a petición de la Iglesia Católica y de conformidad al Art. 188 del Código Penal austriaco³⁰ en relación con los principios constitucionales de libertad religiosa y de conciencia (Art. 14) y libertad de creación artística (Art. 17)³¹, se instó el secuestro de la película, que así fue acordado por el juez de primera instancia, tras visionar en pase privado la película, decisión ratificada en ulteriores instancias nacionales, dictándose asimismo su confiscación lo que, en consecuencia, originó que su exhibición —prevista para mayores de 17 años y previo pago de entrada— no tuviera lugar. Formulada la demanda ante la Comisión por intromisión de la autoridad nacional austriaca infractora del Art. 10.2 de la convención, fue admitida. El TEDH hubo entonces de proceder al razonable equilibrio de sacrificios entre los intereses en conflicto, esto es, a asegurar un ponderado equilibrio entre los derechos (*balancing rights*, o técnica de interpretación constitucional de los derechos)³² de libertad de expresión artística (Art. 10.2) y libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 9). De resultas, y operando con arreglo a los principios procedimentales de cobertura legal, fin legítimo según el Convenio y necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad, el TEDH confirmó íntegramente las decisiones emanadas de la jurisdicción austriaca³³. Uno de los argumentos empleados para motivar este fallo resultó singularmente paradójico; la ofensa a los sentimientos religiosos de los creyentes se había producido, pese a todas las medidas de información y advertencia dispuestas por el Otto Preminger-Institut como destinadas a reducir su eventual producción, justo merced a la misma amplia publicidad desplegada, que así alcanzó a la mayoría de los pobladores de la región del Tyrol cuya creencia era también mayoritariamente católica. El Tribunal señaló, en efecto, que la proyección de la película (aún cuando nunca se exhibió) “pudiera considerarse como una expresión lo suficientemente pública como para causar una ofensa”³⁴, lo que sin duda parece —antes que ejemplo de argumento consecuencialista— una muy peculiar mezcla de argumento *ex ante* y *ex post*. De ese modo, estimó que la actuación de la autoridad nacional austriaca en la búsqueda de “asegurar el pacífico ejercicio y disfrute de los derechos garantizados por el Art. 9 del CEDH a quienes profesen esas creencias o doctrinas”, dotaba de finalidad legítima a la intromisión producida en la libertad de expresión de los demandantes, además considerando que la competencia estatal en permisión limitativa (secuestro y confiscación) se originaba no sólo por la capacidad de ciertas manifestaciones de la libertad de expresión para herir los sentimientos religiosos de las personas que profesan esas creencias, sino igualmente porque ellas pudieran suponer un elemento disuasorio para el ejercicio de la religión³⁵, apreciación sobre el margen del espíritu de tolerancia —de interés público

como caracterizador de una sociedad democrática— que quedando sometida a la discrecionalidad reconocida a los tribunales de los Estados miembros, los austriacos en este caso habían evaluado correctamente³⁶. La aceptación de tal ajustamiento indicaba además que TEDH admitía allí una vinculación de las manifestaciones de libertad de expresión artística presuntamente lesivas de los sentimientos religiosos al criterio de interés público o general, interpretado éste como lo relevante para el progreso humano³⁷, de donde a *sensu contrario* declaraba que el agravio o denigración gratuita de los sentimientos religiosos y que asimismo de ninguna manera contribuyera al debate público a favor del progreso en los asuntos propios del género humano podría y debería consentir la aplicación de medidas de restricción a aquella libertad. A la postre esto implicaba que el TEDH se inclinaba a admitir que la interpretación por las autoridades nacionales de las interferencias a la libertad de expresión se condujera en la aplicación un criterio antes amplio que restrictivo (“medidas necesarias, en una sociedad democrática”, Art. 10.2), e igualmente que aquello interpretado o no como de *interés general* por cuanto relevante para el progreso humano ineludiblemente dependiera al fin de la medida que en cada momento aplicarían los jueces nacionales³⁸ al respecto de apreciar lo que fuera o no *progreso*. Esta redondeada argumentación, en perfecta circularidad, por la que optó la mayoría del Tribunal, salvo el voto particular de dos magistrados, ha dado pábulo a que no pocos Estados entiendan que el Art. 10.2 únicamente protege las manifestaciones de la libertad de expresión de algún modo relacionadas con asunto de interés público y tendentes a favorecer el progreso, careciendo cualquiera otras de protección al exceder el ámbito del Art. 10.2 CEDH.

El tercer pronunciamiento lo integra el *caso Wingrove vs. The United Kingdom*, sentenciado en 1996. Lo originó la solicitud denegada en 1989 al cineasta Nigel Wingrove por *British Board of Film Classification* del certificado de calificación a efectos de distribución y exhibición para un video titulado *Visions of Ecstasy*. La negativa se fundaba en que dicho organismo, responsable de valorar -de acuerdo al *Video Recordings Act* de 1984- la idoneidad del producto respecto a los espectadores generales (la certificación no se pedía para comercialización en *sex shops*), no podía expedirla al tratarse de una obra obscena en el sentido de lo dispuesto en las *Obscene Publications Acts* de 1959 y 1964, asimismo apreciando infracción a la legislación sobre blasfemia en la interpretación del *common law*, no siendo posible tampoco su calificación de apta para mayores de 18 años porque las imágenes de escenas sexuales concernían —a diferencia de los filmes *La vida de Bryan* de Monty Python o *La última tentación de Cristo*

de Martin Scorsese— a la figura de Cristo. En ulteriores recursos contra aquel acto administrativo, agotándolos, tampoco se acogió la pretensión Wingrove, resolviendo en última instancia el *Video Appeals Comité* que el cortometraje era blasfemo y que *un jurado razonable* podría determinar para el mismo una condena³⁹. Fue así como Wingrove acudió en 1990 a la Comisión Europea para denunciar que la denegatoria del certificado de calificación violó su libertad de expresión en el marco del Art. 10 del Convenio, acordando la Comisión el trámite al Tribunal. Ante él la *quaestio disputata* se centró en dos de los puntos procedimentales; esto es, tanto en la existencia de finalidad legítima o no de la intromisión, como respecto a si la interferencia fue *necesaria* en una sociedad democrática. Sobre lo uno, mientras el denunciante argüía que las leyes sobre blasfemia del Reino Unido no eran ni en la teoría ni en la práctica “necesarias” en una democracia multicultural, de adverso el Estado miembro sostuvo que con la denegatoria buscaba proteger el derecho de los ciudadanos a no ser ofendidos en sus sentimientos religiosos, y el Tribunal estimó que el derecho de los otros, de acuerdo al inciso 2 del Art. 10 CEDH, se correspondía con el fin legítimo defendido por la ley de blasfemia, así como era consistente con el derecho a la libertad religiosa prevista en el Art. 9, aunque no existiera entre los Estados europeos consenso acerca del alcance del concepto “la protección del derecho de otros” en relación a ataques a las convicciones religiosas. Sobre lo otro, resolvió que entre las responsabilidades y deberes del artículo 10.2 legítimamente pueden incluirse los referidos a la obligación de evitar expresiones relativas a los objetos de veneración gratuitamente ofensivas a otros así como las profanas⁴⁰, pero obvió pronunciarse —por no entender que fuera el asunto en debate del caso— respecto a que las leyes británicas sobre blasfemia protegerían contra ataques seriamente ofensivos en cuestiones reconocidas como sagradas sólo por los cristianos (v. gr. anglicanos), pues ello mismo “no resta legitimidad al fin perseguido por esa norma restrictiva de la libertad de expresión”⁴¹. Sí precisó no obstante que en la verificación de tales situaciones las autoridades estatales, en contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, gozaban de mejor posición que los jueces internacionales para determinar la *necesidad* de una restricción. Y en conclusión el Tribunal, tras ponderar el sentido de la palabra “necesaria” referida a intromisión, que no consideró como aquella admisible, indispensable, imprescindible, conveniente o útil, sino la que garantiza con “claridad convincente”⁴² los fines para los cuales ha sido prevista la restricción, responde a una necesidad social imperiosa e implica la menor afectación posible a la libertad de expresión, y luego también de visionar el video, terminó declarando que la decisión de las autoridades administrativas

inglesas no podía ser referida como irrazonable, arbitraria o excesiva, de donde así la medida impugnada estuvo justificada como *necesaria* en una sociedad democrática en el marco del artículo 10.2 del Convenio. La decisión no se tomó por unanimidad. Entre los nueve jueces que formaron tribunal, dos de los que votaron con la mayoría formularon votos concurrentes, es decir aportando distinto fundamento, registrándose igualmente dos votos disidentes.

La ocasión del pronunciamiento restante en que el TEDH ha tratado de la libertad de expresión artística no atañe a la creación plástica ni a la cinematográfica sino a la literaria. Se trata del *caso I. A. vs. Turquía*, resuelto en septiembre del año 2005⁴³. Las iniciales I. A. responden al nombre y apellidos del demandante, ciudadano del estado turco, residente en Francia y propietario de la Editorial Berfin, que en 1993 publicó *Yasak Tümceler (Las frases prohibidas)*, novela de Abdullah Riza Ergüven, de la que se imprimieron dos mil ejemplares⁴⁴. El autor, residente en Suecia, exponía en la obra cuestiones de índole filosófica y teológica presentándolas con un estilo novelesco. No obstante, fue al editor y por el hecho de la publicación a quien el Fiscal turco dirigió acusación de acuerdo a un informe pericial redactado por el Prof. Dr. Salih Tuğ, Decano de la Facultad de teología de la Universidad de Mármara⁴⁵. En él sostuvo que aunque diversos pasajes resulten “susceptibles de ser considerados una exposición que plantea opiniones filosóficas del autor, podemos observar que comportan igualmente propósitos que implicar cierto elemento de humillación, de desprecio y de descrédito hacia la religión, el Profeta y la creencia en Dios en el Islam (...) Según el autor, las creencias y las opiniones religiosas no son más que oscuridades, y las ideas basadas en la naturaleza y la razón son calificadas de clarividencia. Califica la creencia religiosa como *un milagro desierto, idea primitiva, éxtasis de desierto* y las prácticas religiosas como *primitivismo de la vida en el desierto*”. Y señalaba en concreto algunos pasajes, a saber: “(...) piense, por tanto... a fondo, todas las creencias, todas las religiones no son más que puestas en escena. Los autores han jugado sus papeles sin saber de qué se trataba. Cada uno se deja llevar hacia este camino a ciegas. El Dios imaginario, al que se han unido simbólicamente, no he hecho nunca su aparición en escena. Siempre se le ha hecho hablar a través del telón. La gente se ha convertido en sumisos con proyecciones imaginarias patológicas. Han sido objeto de un lavado de cerebro, mediante historias quiméricas (...)”, y “(...) lo que abstrae a los imanes de cualquier pensamiento, de toda capacidad de pensar, lo que les deja como un manojo de hierba... (...) [aludiendo al relato del sacrificio del profeta Abraham] es evidente que se cuentan engaños... ¿será Dios un sádico?

... el Dios Abraham es tan mortal como Mohammed (...)"'. Por todo ello su conclusión fue: "Los pasajes del libro que acabo de citar forman el elemento constitutivo material del delito previsto por el artículo 175 [3 y 4] del Código Penal⁴⁶. En cuanto al elemento moral, mi análisis demuestra que éste existe, más aun cuando el autor tituló su libro *Las frases prohibidas*. Y así, el proceso abierto terminó con la condena del editor como necesidad social imperiosa de evitar un ataque ofensivo contra la religión, principalmente contra el Islam y el ultraje de los sentimientos religiosos.

Sobre estos antecedentes el TEDH, admitiendo que en principio se puede considerar necesario sancionar los ataques injuriosos contra los objetos de veneración religiosa, y también que los Estados Contratantes gozan en ello de un margen de apreciación *cierto pero limitado*, procedió a evaluar si la injerencia correspondía a una "necesidad social imperiosa" y si resultaba «proporcionada con la finalidad perseguida". Con tal propósito ponderó el derecho del demandante a comunicar al público sus ideas sobre la teoría religiosa y el derecho de otras personas al respeto de su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Acudió para ello a la doctrina *Handyside y Otto-Preminger-Institut*; es decir, que pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura son característicos de una "sociedad democrática"⁴⁷, y que quienes deciden ejercer la libertad de manifestar su religión, pertenezcan a una mayoría o a una minoría, no pueden razonablemente esperar hacerlo al abrigo de toda crítica, debiendo tolerar y aceptar que sus creencias religiosas sean rechazadas por otros, e incluso la propagación por éstos de doctrinas hostiles a su fe⁴⁸. Y sin embargo, el TEDH falló que las autoridades turcas no rebasaron su margen de apreciación al respecto y que los motivos planteados por los tribunales internos eran suficientes y pertinentes para justificar una medida contra el demandante⁴⁹. Es decir, no hubo violación del Art. 10 del Convenio. Así lo declaró, por cuatro votos contra tres, y un voto disidente.

El argumento de la mayoría apoyaba en que "en este caso, no se trata sólo de propósitos que se enfrentan o chocan, ni de una opinión *provocadora*, sino de un ataque injurioso contra la persona del profeta del Islam. No obstante el hecho de que reine cierta tolerancia en el seno de la sociedad turca, profundamente vinculada al principio de laicidad, cuando se trata de la crítica de dogmas religiosos, los creyentes pueden legítimamente sentir ataques de manera injustificada⁵⁰. Como ejemplo cita precisamente parte del pasaje recogido por el Tribunal turco en la sentencia condenatoria de 28 de mayo 1996: "Alguna

de estas palabras se ha inspirado en un arrebatado de exultación, en el brazo de Ayse (...). El mensajero de Dios rompió el ayuno por una relación sexual, después de la cena y antes del rezo. Mohammed no prohibía las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo”. Así, en consecuencia, el TEDH consideró que la medida en litigio (condena) “trataba de ofrecer una protección contra los ataques ofensivos a cuestiones consideradas sagradas por los musulmanes”, y que su adopción “podía razonablemente responder a una *necesidad social imperiosa*”⁵¹. Por último, en cuanto a la proporcionalidad de la medida declaró⁵²: “Tribunal tiene en cuenta el hecho de que las jurisdicciones nacionales no decidieron el embargo del libro y, en consecuencia, considera que la condena al pago de una multa insignificante⁵³ parece proporcionada a la finalidad perseguida”.

Es también de interés reseñar el argumento del voto disidente respecto de la falta de equilibrio entre la existencia de frases “seguramente injuriosas y lamentables” y la condena todo un libro unido a la sanción penal a su editor. “Nadie está obligado a comprar o leer una novela, y si alguien lo hace, tiene la posibilidad de solicitar a los tribunales la reparación de lo que le parece blasfematorio y odioso de acuerdo con su fe”, pero emprender el Ministerio Fiscal, “por propia voluntad, diligencias penales contra un editor en nombre de *Dios, de la Religión, del Profeta y del Libro Sagrado*; una sociedad democrática no es una sociedad teocrática”. Así como respecto a la toma en consideración por la mayoría de la conmutación de la pena de prisión por pago de una multa insignificante: “La libertad de prensa aborda cuestiones de principio, y cualquier condena penal a lo que en inglés se llama *chilling effect* (*efecto de enfriamiento*)⁵⁴, trata de disuadir a los editores de publicar libros que no son estrictamente conformistas, o *políticamente* (o *religiosamente*) *correctos*. Dicho riesgo de autocensura es muy peligroso para esta libertad, esencial en democracia, sin hablar de la incitación implícita a la puesta en el *Índice* o a los *fatwas*”.

Con todo, en ese año 2005 el *chilling effect* a la libertad de expresión artística no era una mera hipótesis disidente. Conviene recordar que en febrero la dirección del Museum of World Cultures de Gothenburg, en Suecia, que había organizado una exposición sobre la globalización del HIV/AIDS, retiró el cuadro *Escena de amor* (2005), obra de la pintora de origen argelino Louzla Darabi, afincada en París, donde en la composición de la imagen de una mujer desnuda que goza del intenso placer sexual producido por la penetración de un hombre se puede también leer una *sura* coránica que vincula Dios y amor, planteamiento

desde el que la artista hacía una denuncia de la hipocresía musulmana sobre la sexualidad, en especial de la sexualidad femenina⁵⁵; algunos musulmanes que viven en esa ciudad sueca —cuyo censo se eleva a 400.000— hicieron presente al director del museo su protesta ante aquella disposición de palabras sagradas e imágenes eróticas, que interpretaban como una provocación. Asimismo que en octubre la Tate Galery de Londres retiró una obra del artista conceptual John Aubrey Clarendon Latham (Zambia, 1921-2006) titulada *God is Great 2 (Dios es Grande 2)* (1990), donde en una hoja de cristal aparecían juntos los tres textos sagrados de las grandes religiones monoteístas, el *Talmud*, el *Nuevo Testamento* y el *Qur'an*, definiendo las tres religiones principales como pertenecientes a un mismo sistema de creencias; los responsables de la exposición consideraron que, tras los atentados del 7 de julio en Londres, la pieza podía ser objeto de ataque o incitar a la violencia contra la galería. Y también que en abril el parlamento noruego aprobó una ley que castigaba con tres años de prisión las ofensas a cualquier religión, o que en junio el Parlamento inglés había tramitado un decreto por el que castigar las expresiones o las conductas que estimulen el odio racial y religioso, con aspectos sumamente restrictivos, que en octubre siguiente la Cámara de los Lores rechazó.

Desde mi punto de vista, la solución aportada al *caso I. A. vs. Turquía* no puede por sí misma considerarse el síntoma principal del desvío desde la posición de *equilibrio de Derechos* hacia otra distinta y más vacilante de, la llamaré, *Derechos en equilibrio* —que en mi opinión se produjo ya con el pronunciamiento en el *caso Müller*— pero tampoco me cabe duda de que contribuyó significativamente a ello. De hecho, a mi juicio, ese desvío se confirmó a partir de que el propio Tribunal, y en fechas todavía muy recientes, resuelve alterar el signo de aquella previsibilidad decisoria. Me refiero a una cadena de fallos que va de diciembre de 2005 a octubre de 2006. Sus eslabones son el caso *Paturel vs. Francia*⁵⁶, caso *Giniewski vs. Francia*⁵⁷, caso *Aydin Tatlav vs. Turquía*⁵⁸, y caso *Klein vs. Eslovaquia*⁵⁹, sobre cuyas circunstancias de hecho, fundamentos de derecho y solución adoptada paso a ofrecer brevemente examen.

En el caso *Paturel vs. Francia* el TEDH se instruyó acerca de la petición presentada por Christian Paturel (n. 1947), abogado y testigo de Jehová, que en 1996 había publicado en la editorial parisina La Pensée Universelle el ensayo titulado *Sectes, religions et libertés publiques (Sectas, religiones y libertades públicas)*⁶⁰, siendo al año siguiente condenados autor y editorial por difamación

en la querrela interpuesta por la *Union Nationale des Associations de Défense des Familles et de l'Individu (UNADFI)*. Los tribunales franceses estimaron que en la obra “faltaban las exigencias de seriedad en la investigación y de prudencia en la expresión” y que su autor “mostraba una animosidad personal” contra la querellante. La *UNADFI*, que oficialmente está dedicada a la lucha contra movimientos sectarios, es decir, contra organizaciones que atentan contra la integridad y el equilibrio físico, mental y psicológico de sus adeptos, era objeto de crítica, entre otros motivos por calificar *a priori* de “secta” a toda organización cuya enseñanza no fuera conforme con la fe católica. Ni la Liga de Derechos del Hombre ni Centro Contra las Manipulaciones Mentales, sin embargo, reconocían independencia y objetividad a la *UNADFI*. Paturel impugnaba en su obra lo que entendía como un intento de restauración del pensamiento religioso único abiertamente atentatorio a la libertad de conciencia y de creencia, calificando a las *Associations de Défense de la Famille et de l'Individu (ADFI)* integradas en la *Union Nationale* de “correa de transmisión de una ideología de exclusión basada en el odio, en la discriminación religiosa, en la intoxicación y la manipulación de las masas y en mentiras y prejuicios”. Asimismo, Paturel denunciaba que “los atentados más graves contra los derechos humanos se habían cometido en el ejercicio del dudoso método de desprogramación (*deprogramming*) creado por ciertos psiquiatras americanos en quienes se inspiran los dirigentes de la *UNADFI*”, a lo que la Iglesia católica había podido aportar “su larga y rica experiencia de la Inquisición”. La condena impuesta en primera instancia por el Tribunal *correctionnel* de París, se basó en la infracción de los Arts. 29 a 32 de la ley de de Prensa de 29 de julio de 1881, y fue luego confirmada por la *Cour d'Appel*⁶¹. El TEDH nada repuso sobre la legalidad y legítima finalidad (protección de la reputación y los derechos de terceros, Art. 8 CEDH) de la intromisión en la libertad de expresión producida al autor del libro por la justicia francesa, por lo que el debate del asunto quedó limitado al respecto de ponderar en justo equilibrio sobre la medida adoptada como “necesaria en una sociedad democrática” en el entendido de admitirla o no como “necesidad social imperiosa”. Entrando así a resolver el núcleo de la cuestión disputada, aislado a través de los conceptos de *verdad fáctica (hechos)* y *verdad valorativa (opiniones)* y de conexión al *interés público*, el Tribunal estimó que “al exigir al recurrente que pruebe la veracidad de los pasajes litigiosos, sacados después de todo del contexto general de la obra, al ignorar sistemáticamente los numerosos documentos de referencia que presenta, y al atribuir al autor, de manera recurrente, una pretendida parcialidad y una animosidad personal deducidas principalmente de su cualidad de miembro de

una asociación calificada de secta por el demandante, los tribunales franceses han excedido su margen de apreciación del que disponían. La condena del recurrente supone pues una injerencia desproporcionada de su libertad de expresión. Por tanto ha existido una violación del artículo 10 del Convenio⁶². Igualmente, precisó que si los daños y perjuicios se resumían a un “franco simbólico”, el importe de la multa, aunque relativamente moderada, a la que se añadían el coste de la publicación de la sentencia, no parecían justificados, e impuso además a Francia una multa de 6.900 € en compensación a Paturel y la empresa editora por la sentencia de difamación que el año 1997 la Justicia nacional dictó en su contra. La decisión se adoptó con el voto concordante de un magistrado y adhesión al mismo por otro, quienes subrayaron en especial la procedencia en la interpretación *extensiva* de la libertad de expresión y *restrictiva* respecto de sus limitaciones, además de apreciar que aún sin haber existido pena de prisión ni prohibición del libro, la multa que en su día se impuso a su autor fue grave y causó notable penosidad económica.

En el *caso Giniewski vs. Francia* el TEDH se instruyó acerca de la petición presentada por el recurrente, condenado en primera instancia y absuelto en segunda, pero sobre el que todavía pesaba una responsabilidad civil simbólica por abono de multa de un franco y del coste de inserción de la sentencia en un diario de difusión nacional. En efecto, Paul Giniewski, periodista, sociólogo e historiador⁶³ había publicado con fecha 4 de enero 1994 en el diario *Le quotidien de Paris* el artículo titulado *L'obscurité de l'erreur*, donde criticaba la posición de Juan Pablo II en la encíclica *Splendor Veritatis* (1993) a propósito del origen del Holocausto⁶⁴. Giniewski hubo de personarse ante el Tribunal Correccional de París como querellado por la *Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne* (AGRIF), resultando condenado por difamación de un grupo de personas (cristianas) en razón de su pertenencia a una religión (Art. 29 de la ley de de Prensa de 29 de julio de 1881). Esa instancia le condenó, así como a Philippe Tesón, director del periódico, a multa de 6.000 francos cada uno, e indemnización a favor de la AGRIF en concepto de daños y perjuicios por importe de 7.000 francos. La Cour d'Appel d'Orléans, que revocó la condena penal, fijó la responsabilidad civil en un franco simbólico, y mantuvo la obligación de difundir la sentencia. En Cassation no hubo lugar a más modificaciones. La cuestión sometida al Tribunal quedó de nuevo centrada en determinar si la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del recurrente podía pasar por “necesaria en una sociedad democrática”. Y así, visto que se formulaba una crítica a la posición encíclica del Papa, cuya autoridad no

siempre era compartida por todas las corrientes del catolicismo⁶⁵, y que de lo que se trataba era de elaborar y proponer una contribución al debate de ideas mediante una polémica y reflexión no gratuita aún generando con ello choque e inquietud entre quienes no comparten el parecer del autor, ello sin embargo no significa gratuita ofensa, ni abuso, como tampoco incitación a la irreverencia o al odio. De ahí que, por unanimidad, se concediera amparo al peticionario, asimismo recordando el Tribunal que los deberes y responsabilidades del Art. 10.2 de la Convención se dirigen a “evitar las expresiones que son gratuitamente ofensivas (...) que no contribuyen de ninguna forma al debate público capaz de favorecer el progreso en materias propias del género humano”, lo que en nada se relaciona con “la búsqueda de la verdad histórica” como “parte integrante de la libertad de expresión”⁶⁶. La sentencia finalizaba reiterando que en el ejercicio de las facultades de imposición de medidas y sanciones “sobre la prensa, y sobre los escritores en general” habrán de actuar las autoridades nacionales con máxima prudencia, pues ello mismo supone una presión disuasoria respecto a su participación en la discusión pública sobre aquellos temas que son de interés para la sociedad⁶⁷.

En el caso *Aydin Tatlav vs. Turquía* el TEDH examinó en él la petición sustanciada por el autor del libro *Islamiyet Gerçegi (La realidad del Islam)*⁶⁸. La obra, crítica con el Islam y su Profeta, problematiza lo tocante a la concordancia entre derecho de libertad de expresión y de libertad de pensamiento, conciencia y religión. Su autor, Erdoğan Aydin Tatlav, periodista turco, había publicado en 1992 una obra de cinco volúmenes reimpressa en años sucesivos hasta que en la quinta de ellas, de 1996, ya más de 16.000 ejemplares vendidos, el volumen primero, “El Corán y la religión”, estudio de carácter histórico sobre la influencia social del libro sagrado, donde expresaba su personal parecer acerca del mismo y la religión musulmana, así como respecto de las religiones en general, originó una denuncia privada ante la fiscalía de Ankara por supuesta vulneración del Art. 175, 3 y 4 del Código penal turco como “publicación destinada a profanar una de las religiones”, así condenándole el Tribunal de Gran Instancia a 12 meses de prisión y multa de 840.000 libras turcas, pena privativa de libertad sustituida al cabo por multa de 26.400.000 libras turcas, reproche punitivo que la Corte de Casación confirmó. Entre las apostillas que del texto enjuiciado anota la propia sentencia del Tribunal de Estrasburgo figuran las siguientes: “El Islam es una ideología a la que le falta confianza en ella misma de lo que se deriva la crueldad de sus sanciones (...) Condiciona [a los niños] desde su más tierna infancia con historias del paraíso y del infierno”; “(...) Dios no existe, es la conciencia del

analfabeto la que lo ha creado”; “(...) La política del Islam respecto a los niños es de una violencia bárbara”; “(...) Mahoma, que toma sus sueños por realidades, se presenta con sus versículos absolutamente insensatos, ante las personas que le piden pruebas de su profecía (...) El fundador del Islam, tanto adopta una actitud tolerante como ordena la Yihad [en el sentido de guerra santa islámica]. Hace de la violencia su política fundamental. El paraíso de Alá promete a los hombres una verdadera vida parásita de aristócratas”; “(...) Ellos verán que el Corán está hecho de comentarios llenos de repeticiones monótonas, desprovistas de toda profundidad, más primitivas que las mayoría de los libros más antiguos escritos por los hombres (...) sobre el comercio, las relaciones entre hombres y mujeres, la esclavitud, las sanciones”⁶⁹. Evaluando las circunstancias del caso y en su función supervisora de última instancia en la apreciación de la respuesta adoptada por la justicia turca el TEDH acudió, como de costumbre en miras al interés público, a analizar la restricción producida al ejercicio de la libertad de expresión ponderándola⁷⁰ en orden a la necesidad social imperiosa y proporcionalidad del fin legítimo perseguido. En tal sentido, habiendo dejado sentado que la libertad de expresión ampara no sólo a las ideas inofensivas o indiferentes sino también a aquellas que “ofenden, chocan o inquietan”, amplitud que no prescinde ni exime sin embargo de la obligación de evitar expresiones gratuitamente ofensivas para los demás y profanadoras⁷¹, consideró que los pasajes del libro recogidos en la sentencia condenatoria del tribunal turco y asimismo ya reproducidos en el cuerpo de antecedentes de hechos de la este TEDH si bien “contienen una dosis de viva crítica”⁷², y comentarios sobre la religión musulmana que acaso podrían *ofuscar* a algunos de sus fieles, aún con todo no cabe observar en ellos un tono insultante dirigido directamente a la persona de los creyentes, ni un ataque injurioso contra símbolos sagrados del Islam. De ahí, en consecuencia, teniendo por no probada la “necesidad social imperiosa” justificatoria de la injerencia examinada como “proporcional el fin perseguido”, amparó al peticionario frente al Estado turco en la condena penal que le fuera impuesta, asimismo reiterando el riesgo que esta clase de represión representaba como disuasión a los ciudadanos de expresar libremente sus opiniones⁷³.

Y termino ahora ya con *caso Klein vs. Eslovaquia*. El TEDH se instruyó acerca de la petición presentada por el recurrente, condenado en junio de 2000 en el procedimiento criminal incoado por el delito de ofensas del Art. 198 del Código Penal, y seguido ante el Tribunal del Distrito de Kosice I, a multa de 15.000 coronas, con un mes de prisión en caso impago. Martin Klein (n. 1947),

periodista y crítico de cine, publicó el 28 de marzo de 1997 en el semanario *Domino Efeck* —de contenidos en política, economía, filosofía y cultura para lectores intelectualmente formados y con 8.000 ejemplares de tirada— un artículo titulado *Falcon Sits on a Maple Tree, Larry Flynt and Seven Slaps for a Hypocrite* (*El halcón posado en el arce. Larry Flynt y siete bofetadas para un hipócrita*). Reaccionaba así, con sarcasmo y doble sentido, a la reacción que a su vez había suscitado en el arzobispo Jan Sokol el estreno en las salas de cine de Eslovaquia de la película de Milos Forman, de origen checo y un tiempo colaborador del presidente Václav Havel, *The People vs. Larry Flynt* (*El pueblo contra Larry Flynt*) [en España *El escándalo de Larry Flint*] (1996)⁷⁴, y antes de ello su misma promoción para la que habían utilizado, entre otros medios, carteles publicitarios en la vía pública donde el personaje protagonista aparecía como un crucificado cuyo paño de pureza (*cinctus* o *subligaculum*) era la bandera USA sobrepuesto a una imagen femenina en bikini blanco. La Conferencia episcopal de Eslovaquia protestó por aquella publicidad, que consideraba una profanación de Dios, recibiendo la adhesión del Movimiento de la Asociación de Iglesias Cristianas. En declaraciones a la TV pública eslovaca (11 de marzo de 1997), difundidas durante el noticiario más importante de su programación, el arzobispo Sokol refiriéndose a los carteles manifestó: “En estos días estamos siendo testigos de la humillación del crucifijo (...) Es una difamación del símbolo de la religión cristiana (...) No fueron permitidos ni en Francia ni en Bélgica. ¿Cómo es posible que sea permitida en Eslovaquia, que profesa la tradición cirílica y metodista de la religión cristiana incluso en su Constitución? Requerimos al Parlamento y al Gobierno y a todos los poderes públicos, incluyendo los jueces, para que adopten las medidas necesarias para la retirada de estos posters, con las consecuencias legales (...) esperamos que nuestra protesta sea recibida favorablemente por las autoridades públicas y se lleve a cabo la reparación”⁷⁵. El artículo de Klein, además de algunos juegos de palabras con el apellido del Arzobispo —*Sokol es halcón* en eslovaco— disenta y discutía la afirmación de éste sobre el carácter confesional de Eslovaquia y luego de otras consideraciones sostenía “que el hecho de que el cuerpo del arzobispo careciese de atractivo sexual era irrelevante sobre si en su interior era homosexual, bisexual o ambas cosas”, y también “no entender por qué todos los católicos eslovacos no abandonaban una organización dirigida por un ogro”. Estas son las únicas referencias que al artículo aparecen consignadas en el apartado de Hechos de la sentencia del TEDH; sin embargo, el escrito de Klein se extendía en otros pormenores, por ejemplo discutiendo la autoridad moral del Arzobispo desde que su nombre apareció en una lista de informadores

de la policía secreta checoslovaca durante el Comunismo, o sugiriendo de modo oblicuo relaciones sexuales impropias entre Sokol y su madre. Frente a la condena de primera instancia interpuso Klein recurso de apelación para ante el Tribunal Regional, que la rechazó el 10 de enero de 2001, como asimismo el formulado por el Movimiento de la Asociación de Iglesias Cristianas como denunciante, y también el Arzobispo Sokol personado en el procedimiento en calidad de perjudicado. Klein señaló sentirse vetado por la emisora de Radio Europa Libre, donde hasta entonces era colaborador, cesando por completo tras la aparición de su artículo. El TEDH estudió si la naturaleza de interferencia producida en la libertad de expresión del peticionario se correspondía con una necesidad social verdadera, si era proporcional a la finalidad legítima perseguida y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla eran relevantes y suficientes. Valoró el medio utilizado por el Arzobispo en sus declaraciones, de amplia audiencia y con alcance popular, y el empleado por Klein, de mucha menor difusión, dirigido a un público especializado capaz de interpretarlo como una “broma literaria”⁷⁶. No juzgó “la calidad ni el gusto literario del artículo”⁷⁷. Finalmente, rechazó la condena impuesta a su autor como responsable criminal de un delito “difamación contra la nación, raza o creencia” en la persona más alto representante de la Iglesia Católica Eslovaca y a todos sus fieles. El articulista, declaró, “se limitaba a criticar a la persona del arzobispo y su llamada a boicotear la película *El pueblo contra Larry Flynt*. Las expresiones del demandante se dirigían exclusivamente hacia la persona del arzobispo y no se dirigían contra un sector de la población que mantenía la fe católica. El artículo no denigraba el contenido de la fe religiosa de los católicos”⁷⁸. El TEDH, pues, introdujo en su razonamiento dos importantes elementos de ponderación. Uno, la idoneidad en diferenciar, a la hora de proteger los derechos de los otros en sus sentimientos religiosos con medidas que supongan restricción a la libertad de expresión, entre las críticas dirigidas al representante de una institución religiosa, al caso un alto dignatario de la Iglesia católica, y las dirigidas a los miembros de la misma, fieles de la confesión religiosa. Otro, igualmente, la relevancia del carácter especializado o no del medio de publicación para el enjuiciamiento de la incidencia transgresora formulada en los escritos, estimando que la especialización amplía la libertad expresiva los autores. En consecuencia, fallando que hubo violación del Art. 10 del Convenio, exoneró a Klein y condenó al Gobierno eslovaco a indemnizarle en la suma de 28.084 coronas eslovacas⁷⁹.

3. Balance

Creo que todo lo inmediato anterior nos permite incidir en varias cuestiones. La primera, entiendo, debería ser recalcar el provecho que las precedentes cuatro últimas resoluciones del TEDH traen a la discusión del alcance del Art. 10.1 del Convenio de Roma. Discusión, además, que a través de ellas se evidencia precisamente no cerrada. Creo que la doctrina construida entre finales de los 80 y a lo largo de la década siguiente con ocasión de los casos *Müller*, *Otto Preminger* y *Wingrove* ha sido innovada en lo elaborado ahora, a mitad del primer decenio de este s. XXI, con oportunidad de los casos *Paturel*, *Giniewski*, *Tatlav* y *Klein*.

Se podrá, desde luego, debatir el carácter de esta innovación, difícilmente discrepar en cuanto a su realidad. En negarla me parece de poco acudir a la, por más que a menudo socorrida, índole de los supuestos de hecho que condicionan estas últimas sentencias; es decir, no existe un cambio de criterio del TEDH, sino más bien hechos diversos a los que se aplican los mismos principios, o lo que es igual, hechos que requieren respuestas jurídicas diferenciadas dependiendo de su distinta intensidad, gravedad o gratuidad⁸⁰. Pero es lo cierto que la praxis jurisprudencial del TEDH siempre tomó en particular consideración las circunstancias relevantes del caso haciendo de cada uno de ellos un caso único, y más cuanto más singularmente inmediatas a la *zona límite* eran aquellas circunstancias. Disentir de ese modo con la innovación propugnada se opone, por tanto, igualmente a la existencia de la que se reclama anterior y contraria. En añadido, si los hechos son diversos no son disímiles, siendo a veces semejantes y hasta coincidentes.

Tampoco, aunque ciertamente más sutil y perspicaz, amerita postular que el TEDH procesa las injerencias en la libertad de expresión según que su ejercicio se manifieste a través de determinada forma o género de creación artística⁸¹. Así, cuando se trata de hechos en los que primó el empleo de imágenes conexas a una sexualidad provocadora el TEDH suscribe la atendibilidad de la restricción aplicada por las autoridades judiciales de los Estados miembros, que por el contrario rechaza tratándose de manifestaciones escritas. Tal argumento en mi opinión es más una intuición de propensiones que una constatación verificable; aunque *ben trovato, non e vero*. Es además, en realidad, tendencioso en el sentido de anteponer opciones ciertas de preferencia o simpatía; la “fuerza de las imágenes” (artes visuales) como de inferior condición o posición que el “debate sobre las ideas” (creación literaria o ensayística). En cualquier caso,

ni instrumentos internacionales ni las normas de Derecho interno que integran el régimen jurídico positivo básico de la libertad de expresión artística acogen ese distingo, ni el texto de las resoluciones del propio TEDH lo sugiere. Éste puede haberse decantado hacia el criterio de *interés general* en la construcción de la libertad de expresión, a veces en exceso por su exclusividad frente al interés individual de la autodeterminación creativa, mostrando en esa inclinación, por dada la falta de consenso sobre valoraciones y concepciones de bien, una convalidación de modelos o patrones de *moralidad social* sobre lo bello y lo repulsivo, que no infrecuentemente también abrigan prejuicios y déficit de racionalidad crítica. Sin embargo, no ha llegado a suscribir –y en absoluto a afirmar– una categorización de la creación estética al punto de una praxis de preferencia (v. gr. cultura visual *versus* cultura escrita) como la que se proclama.

Pero si así ocurriera sería verdaderamente preocupante. En primer lugar, habría quebrado la defensa de la libertad de expresión, en sentido único, pues la *dignación* selectiva de la libertad de expresión artística implicaría una *indignación* para con ciertas manifestaciones del progreso humano. Concebir las artes visuales (fotografía, cine, vídeo y televisión), así como las nuevas tecnologías que les prestan soporte o les sirven nuevo de vehículo a la expresión artística (entorno digital y *net.art*) a un nivel inferior del progreso humano parece tan extravagante e insólito como peligroso. Tanto como lo es ya hoy afirmar que el progreso existe a nivel científico y técnico y no a nivel artístico y literario. En segundo lugar, reflexionar jurídicamente en serio sobre los efectos del Arte en la sexualización de la esfera pública desde una escala de valor estético que discrimina, con varas de medir distintas, entre la creación plástica, gráfica o de diseño publicitario de una parte, y la creación literaria de género narrativo, ensayístico o periodístico de otra, es en sí mismo una forma de aplicar a la inteligencia censuras de “buen gusto estético” y a menudo comprometidas, en el fondo, con una injustificable hostilidad hacia el arte contemporáneo.

Esto, por supuesto, en absoluto significa que el Derecho no deba interesarse por la expresión artística. Tampoco debo omitir a este respecto la circunstancia de la exigua atención que hasta hoy ha despertado la elaboración doctrinal de ese derecho en la literatura científica. En la nuestra ciertamente son contados los trabajos y estudios que le han sido dedicados, todos siempre en interés a los aspectos limitativos de su ejercicio, en casi unanimidad relacionados con el

“debido respeto a los sentimientos religiosos”⁸², a excepción de uno concerniente a la protección de la infancia y juventud⁸³.

Por tanto, es en todo ajeno a mi intención animar a despreocuparse como juristas de las situaciones polémicas que origina la libertad de expresión artística. Pero los conflictos y las respuestas que acerca de ellas deberían ser planteados y contruidos en Derecho habrían de velar por no introducir pares como Arte *versus* Ética, Arte *versus* Belleza, Arte *versus* Sociedad, y aún menos arte “malo” *versus* convención artística⁸⁴, o intentar traducir tales controversias a términos jurídicos en un debate sobre los límites del arte y aquello que sea la emoción estética. El Derecho no resuelve esa clase de yuxtaposiciones, que además implican alternativas secundarias como, por ejemplo, si debiendo la contemplación del arte provocar una emoción estética de naturaleza semejante a la poesía, la música o el teatro, una provocación del tipo iconoclasta el arte “ofensivo”, el arte “repugnante”, el arte “insultante” y otras desarrollos de la libertad de expresión “artística” no la incitan también. Porque, en definitiva, si la solución a este dilema fuese negativa ella misma vendría dada de considerar que esas manifestaciones producen efectos de reflexión intelectual antes que emocionales, es decir una eficacia generada por mecanismos conceptuales para la transmisión de ideas y pensamientos que no prevé ni busca la sugestión, seducción y delectación estética de los contempladores, pero en tal caso tampoco habríamos rebasado la frontera del territorio de ejercicio de la libertad de expresión, y únicamente estaríamos estigmatizando aquello que nos *disgusta* porque no alcanzamos a comprenderlo, de donde esa ignorancia sería la razón de nuestro temor a sentirnos ofendidos.

En lo demás, aunque pienso que en lo que va escrito no he rehuído tomar posición, no esquivaré puntualizarla. El Arte es, desde mi percepción, el ámbito de la expresión libre y creo que la misión del Derecho es colaborar a esa expresión de la Libertad desde un máximo de tolerancia, más allá del cual se producen relaciones de fuerza donde el *equilibrio de los Derechos* presenta el riesgo de tornarse en un balanceante Estado funámbulo de *Derechos en equilibrio*, cuya pértiga de compensación queda demasiadas veces en manos de determinados grupos de poder religioso. Y ello, como bien sabemos, sucede también en estados que se presentan constitucionalmente bajo denominación de laicos o que, como sucede al nuestro, hacen gala de aconfesionalidad desde el reconocimiento de la libertad de conciencia (Art. 16 CE)⁸⁵.

Notas

¹ Vid. Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling, *Sistema del Idealismo Trascendental* [1800], trad. de J. Rivera de Rosales y V. López-Domínguez. Anthropos, Barcelona, 1988, en espec. pp. 83 y 351; *Filosofía del Arte* [1802-1803 (Jena) y 1804-1805 (Wurzburgo)], Estudio prel., trad. y notas de V. López-Domínguez. Tecnos, Madrid, 1999 (2006²), en espec. con relación a necesidad y libertad, y *La relación de las artes figurativas con la naturaleza* [1807], trad. y Pról. de A. Castaño Piñán. Aguilar, Buenos Aires, (1954 (1963³)).

² Johann Gottlieb Fichte, “Sobre el espíritu y la letra en la Filosofía. En una serie de cartas” (Carta borrador de 23 de junio de 1795), en *Filosofía y estética*, introd. de M. Ramos Valera y F. Inocina, Fundació General de la Universitat. Patronat Martínez Guerricabeitia. Universitat de València, 1998, pp. pp. 103-133, en espec. p. 112.

³ Johann Christoph Freidrich von Schiller, “Cartas sobre la educación estética del hombre” [1795], en *Escritos sobre estética* (1793-1803), ed. y Estudio prel. de J. M. Navarro Cordón, trad. de M. García Morente *et al.*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 214.

⁴ Esto hace que tal vez nos encontremos en puertas de varios pronunciamientos relacionados con Venezuela. Así, recuérdese que *Radio Caracas Televisión* (RCTV), canal opositor al Presidente venezolano Hugo Chávez, fue afectado por la medida de no renovación de concesión para seguir emitiendo en abierto (25 de mayo de 2007), decisión adoptada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), encargada de la actualización de licencias conforme a nueva Ley, permisos que tienen ahora una vigencia máxima de cinco años. El Tribunal Supremo de Justicia aceptó (3 de agosto) un recurso de amparo constitucional y una solicitud de medida cautelar -esto es, sin decidir sobre la cuestión jurídica de fondo acerca de si una televisión realizada por venezolanos y destinada al público venezolano, pero llevada a cabo por una empresa radicada en el exterior, debe o no cumplir con las leyes nacionales, incluida la norma exigida a las emisoras de radio y televisión nacionales de emitir las transmisiones de mensajes presidenciales- presentado por la Cámara Venezolana de Televisión por Suscripción (televisión de pago) para que RCTV continuara emitiendo con la misma programación nacional de sus tiempos en abierto, aunque través de los sistemas satélite y cable, bajo la denominación RCTV Internacional. [Por otra parte, el diario *Correo del Caroní*, opositor al presidente Hugo Chávez, y que se editaba en Ciudad Guayana, anunció el 11 de diciembre de 2007 que no podría salir a la calle por falta de papel y responsabilizó de esa carencia al gobierno, que no facilitó fondos a la empresa DIPALCA, importadora del papel chileno que es el exclusivamente utilizado en la impresión de ese diario].

⁵ Carlos Rogel Vide, “La enseñanza del derecho de autor en España y el derecho Civil como marco teórico de la misma”, en VV.AA., *Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000* (Congreso Iberoamericano de Propiedad intelectual, Madrid. I, 1991), Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, vol. 1, pp. 483-492, y *Derecho de autor*, Cálamo, Barcelona, 2002; Juana Marco Molina, “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor”, en *Anuario de Derecho civil*, 47, 1, 1994, pp. 121-208; Javier Plaza Penades, *El derecho de autor y su protección en el Art. 20, 1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997; Asunción Marín Velarde, “El autor y la obra creada. Contenido del derecho de autor: Comentario a la STS 23 marzo 1999 (RJ 1999, 2005)”, en *Revista de derecho patrimonial*, 4, 2000, pp. 403-408; Concepción Sáiz García, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia

2000, y José Antonio Valbuena Gutiérrez, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000. Vid. además de la dimensión civilista, también la suscitada desde el campo del derecho laboral, así Alberto Valdés Alonso, *Propiedad intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001, y María del Pilar Cámara Águila, “La creación asalariada y el derecho contractual de autor: estudio de derecho comparado”, en *Pe. i: Revista de propiedad intelectual*, 21, 2005, pp. 15-21. Más en general, José María Desantes Guanter, “El derecho de autor en la Constitución Española de 1978”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 3, 1993, pp. 5-19.

⁶ Señalaré aquí por el momento que ésta parece la forma en que el TC español se ha referido a la libertad de creación literaria, situándola dentro, en efecto, de las libertades informativas (STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5). Respecto al derecho a la creación y producción científica, en su faceta de producción historiografía como libertad científica, vid. STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5, así como el Voto Particular discrepante del Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhirió el Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel, donde se indica (§ 5) que libertad de información y libertad de expresión son “derechos fundamentales conexos, pero distintos”, aunque sin llegar a esclarecer la conexión ni la distinción que ofrecería del derecho a la libertad de expresión científica el carácter de derecho autónomo. Para otras acotaciones vid. Pedro Robles Latorre, “Hechos, opiniones e historia. Comentario a la STC 43/2004, de 23 de marzo”, en *Derecho privado y Constitución*, 19, 2005, pp. 319-338.

⁷ Vid. Gregorio Peces-Barba-Liborio Hierro-Santiago Iñiguez de Onzono-Ángel Llamas, *Derecho positivo de los Derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1982-1983, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 22, rev. 1, septiembre 1983, p. 22.

⁹ Vid. Santiago Felgueras, “El derecho a la libertad de expresión e información en la jurisprudencia internacional”, en Martín Abregú- Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, (Centro de Estudios Legales y Sociales)-Eds. del Puerto, Buenos Aires, 1997 (2004, 1ª reimp.), pp. 473-490.

¹⁰ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2002 (reimp.), t. II, p. 16. Vid. también más generales Martín Abregú, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales. Una introducción”, Ariel Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Un estudio comparado”, y Liliana Valiña, “El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, todos en Martín Abregú- Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., resp. pp. 3-32, 33-76 y 173-198.

¹¹ Corte Superior de Justicia de la Nación. Caso “Colombres, Ignacio y Otros c/ Nación Argentina s/ Ordinario” (doct. de Fallos 295:216), de 29 de junio de 1976.

¹² CIDH, [La colegiación obligatoria de los periodistas. Arts. 13 y 29 CADH] Opinión Consultiva Serie A, N° 5-85, del 13 de septiembre, párr. 31.

¹³ *Ibid.*, párr. 32.

¹⁴ *The Last Temptation of Christ* (1988), dirección de Martin Scorsese (n. 1942) en 1998, y guión de Paul Schrader sobre la novela homónima del filósofo griego Nikos Kazantzakis (Heraclion. Grecia. 1883- Friburgo de Brisgovia. Alemania, 1957). La obra (*Teletaios peirasmos*, 1951) había provocado la excomunión de su autor por la Iglesia Ortodoxa griega en 1954. El Vaticano ese mismo año también la prohibió. Vid. Nikos Kazantzakis, *La última tentación*, trad. de R. Bixio, ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1990. En España se editó por la trad. de Bixio en Edit. Debate, Barcelona, 1995. Vid. asimismo por su interés temático los trabajos contenidos en Benjamín Rivaya y Miguel A. Presno (coords.), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

¹⁵ CIDH, Serie C: Resoluciones y Sentencias- Nº 73 “Olmedo Bustos y otros c. Chile”, Sentencia del 5 de febrero de 2001.

¹⁶ Para Horacio Andaluz V., *Positivismo normativo y Derecho internacional*, Plural Editores, La Paz, 2005, p. 77, este deber y, en consecuencia, la modificación de la legislación interna que fuera contraria al derecho internacional resulta efecto de la coherencia del derecho positivo en orden al principio consuetudinario de honrar fielmente los compromisos adquiridos por un Estado respecto de normas de derecho transnacional, de otro modo siendo el mismo derecho positivo garante de su propia coherencia a través de la exigencia de responsabilidad internacional del Estado.

¹⁷ “La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tanga pleno derecho a manifestarse”, CIDH, “Olmedo Bustos y otros c. Chile”, párrs. 65-66

¹⁸ *Ibid.*, párr. 64. Con posterioridad, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se pronunció sobre otros aspectos de la libertad de expresión, no en específico referidos a libertad de expresión artística, en el caso Baruch Ivcher Bronstein c. Perú. Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 20/98, de 3 de noviembre de 1998, y CIDH. Fondo [sentencia de fondo] Serie C: Resoluciones y Sentencias Nº 74, de 6 de febrero de 2000.

¹⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso “Müller”, Informe adoptado el 8 de octubre de 1986, Serie A, nº 133, párr. 70: “La libertad de expresión artística es de fundamental importancia en una sociedad democrática. Típicamente sucede en las sociedades no democráticas que la libertad artística y la libertad de circulación de trabajos artísticos son severamente restringidas. Mediante este trabajo creativo el artista expresa no sólo una visión personal del mundo sino también su visión de la sociedad en la que vive. De este modo el arte no sólo ayuda a formar la opinión pública sino que también es una expresión de ella y puede enfrentar al público con los principales asuntos de actualidad”. Asimismo, con posterioridad, TEDH 1994\1, caso Casado Coca vs. España, numerado 15450/89, Serie A Nº 285-A, S. de 24 de febrero de 1994: “El artículo 10 no actúa solamente para ciertos tipos de informaciones, ideas o modos de expresión..., fundamentalmente las de naturaleza política; el artículo 10 abarca también la expresión artística (...), las informaciones de carácter comercial (...), o incluso la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable (...)”. [Cuando se ofrece el numerado de los casos las dos primeras cifras indican el número de orden en el año en que se presentó; las dos últimas, su puesto en la relación de asuntos sometidos al Tribunal desde su creación y en la de las demandas iniciales (a la Comisión), respectivamente].

²⁰ TEDH, Caso Müller y otros c. Suiza, S. de 24 de mayo de 1988, Serie A, N.º 133, párr. 28.

²¹ *Ibid.*, párr. 29-30.

²² *Ibid.*, párr. 34.

²³ *Ibid.*, párr. 35. Sobre el concepto de moral vid. también SSTEDH, Caso Handyside, de 7 de diciembre de 1976, Serie A, N.º 24, párrs. 49-59, y caso Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda, S. de 29 de octubre 1992, Serie A, N.º. 246-A sobre moral y punto razonable de previsibilidad. Asimismo, José Luis Pérez Triviño, “Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos humanos”, en *Doxa*, 17-18 (1995), pp. 469-490, en espec. pp. 476 y 480-482.

²⁴ Vid. Teresa Freixes Sanjuán, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, 11-12, 1995, pp. 97-115, y Joaquín Brage Camazano, “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derecho Humanos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74 (2005), pp. 111-138, en espec. pp. 128 y ss., y

²⁵ *Ibid.*, pp. 22-23, párr. 36-37.

²⁶ *Liebeskonzil- Filmbuch*. Oskar Panizza / Werner Schroeter/ Antonio Salines, München Schirmer/Mosel Verlag GmbH, 1982. Vid. también *Das Liebeskonzil Eine Himmelstragödie in fünf Aufzügen. Mit Materialien zum Film von Werner Schroeter*, Darmstadt & Neuwied, Luchterhand, 1982.

²⁷ Oskar Panizza, *Das Liebeskonzil. Eine Himmelstragödie in fünf Aufzügen* (Schabelitz, Zürich, 1896), ed. de M. Bauer, Darmstadt & Neuwied, Luchterhand, 1988.

²⁸ Panizza es autor asimismo de varios estudios criminológicos de orientación anarquista. Vid. así, influido por *Der Einzige und sein Eigentum* (1844) de Max Stirner, entre otros, los trabajos *Der Illusionismus und die Rettung der Persönlichkeit. Skizze einer Weltanschauung* (Friedrich, Leipzig, 1895) y “Über den Illusionismus“, en Oskar Panizza- Oswald Wiener- Gerd Bergfleth, *Die kriminelle Psychose, genannt Psychopatia criminales: Hilfsbuch für Ärzte, Laien, Juristen Vormünder, Verwaltungsbeamte, Minister etc. zur Diagnose der politischen Gehirnerkrankung* (Schabelitz, Zürich, 1898), Matthes & Seitz Verlag, München, 1978 (reimp. 1989), respec. pp. 119-177 y 213-237. Existe ed. en castellano *Psicopatía criminal. Para médicos, profanos, juristas, tutores, funcionarios públicos, ministros, etc.*, Calamus Scriptorius- J. Olañeta Editor, Barcelona-Palma de Mallorca, 1982.

²⁹ A la fecha de 1985 la obra de Panizza se encontraba publicada en varias lenguas europeas. Así, *Le concile d'amour*, trad. de J. Brejoux, Jean-Jacques Pauvert, Paris, 1960 (otras eds. en 1964 y 1966); *Concilio d'amore*, trad. de E. Filippini y Pref. de André Breton, Contra, Milano, 1966, *O concilio do amor*, trad. de L. Neto Jorge, Estampa, Lisboa, 1974, y *Concilio de amor. Tragedia celeste*, trad. de P. Madrigal, Icaria, Barcelona, 1977. Vid. también Peter D. G. Brown, “The Continuing Trials of Oskar Panizza: A Century of Artistic Censorship in Germany, Austria, and beyond”, en *German Studies Review*, 24, 3 (Oct., 2001), pp. 533-556.

³⁰ ÖStGB, de 23 de enero de 1974, Art. 188: “El que en condiciones tales que puedan provocar una legítima indignación, denigre o veje a una persona o cosa objetos de veneración de una

Iglesia o comunidad religiosa establecida en el país, o una doctrina, costumbre o institución de esa Iglesia autorizada por la ley será condenado a una pena de privación de libertad de hasta seis meses o una multa del sueldo de 360 días”.

³¹ Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, Art. 17 a): “Se reconoce la libertad de creación artística, así como la de la propagación y enseñanza del arte”.

³² Vid. Louis Henkin, “Infallibility under Law: Constitutional Balancing”, en *Columbia Law Review*, 78, 5 (Jun., 1978), pp. 1022-1049.

³³ TEDH, Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria, S. 20 de septiembre de 1994, Series A, N°. 295-A.

³⁴ *Ibid.*, párr. 54.

³⁵ *Ibid.*, párr. 47.

³⁶ *Ibid.*, párr. 48: “Se puede considerar que el respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes, tal como está garantizado en el Art. 9, ha sido violado por la exhibición de imágenes profanadoras de objetos de veneración religiosa. Tales imágenes pueden ser consideradas como una violación maliciosa del espíritu de tolerancia que debe caracterizar una sociedad democrática”.

³⁷ *Ibid.*, párr. 49 por referencia al caso Handyside vs. United Kingdom, S. de 7 de diciembre de 1976, Serie A-24, párr. 49.

³⁸ En el caso Wingrove vs. United Kingdom [demanda N° 17419/90. Caso numerado 19/1995/525/611], Informes sobre Veredictos y Decisiones 1996-V 1937 N° 58, S. de 25 de noviembre de 1996, párr. 53, el TEDH ya declaró que los Estados Contratantes gozan de un margen de apreciación *cierto pero limitado*.

³⁹ *Ibid.*, párr. 19

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 37.

⁴¹ “No es competencia de la Corte Europea regular en abstracto la compatibilidad existente entre ciertas leyes nacionales y el Convenio. La amplitud con la que la ley inglesa protege algunas religiones no ha sido planteada ante la Corte, que debe atenerse a resolver estrictamente los casos que ante ella se hayan plantado. Ahora bien, el incontestable hecho de que la ley de la blasfemia no trata por igual a las diferentes religiones practicadas en el Reino Unido no resta legitimidad al fin perseguido por esa norma restrictiva de la libertad de expresión”, *Ibid.*, párr. 50.

⁴² *Ibid.*, párr. 58.

⁴³ TEDH Caso I.A. vs. Turquía. Demanda núm. 42571/1998. S. de 13 septiembre 2005 (Sección 2ª).

⁴⁴ Abdullah Riza Ergüven, *Yasak Tümceler*, Berfin Yayınları, İstanbul, 1993. Abdullah Riza Ergüven (Avanos. Neushehir. Turquía, 1925- Estocolmo. Suecia, 2001) Su primera obra fue un poemario *Yalnızlar*, Varlık Yayınevi, İstanbul, 1958. Otros títulos en este mismo género son: *Güneşe açılmak: şiirler*, Yeditepe Yayınları, İstanbul, 1978; *Toprak ve insan*, Yeditepe Yayınları, İstanbul, 1982; *Tabancanın ipek bağı*, Berfin Yayınları, İstanbul, 1994; *Şiirin gerçeği toplumdaki yeri*, Berfin Yayınları, İstanbul 2003; *Şarabı Tanrılarla yudumladık*, Berfin Yayınları, İstanbul, 2001, incluyendo asimismo una antología de la poesía turca, *Türk halk yazını: XIII-XX. yüzyı*,

Yaba Yayınları, Ankara 1983. En su bibliografía aparecen también varias obras de ficción (*Yarınlari beklerken:yaşamöykü roman*, Yaba Yayınları, Ankara, 1982; *Gece de güneş doğar: sömürüye başkaldırı: belgesel*, Berfin Yayınları, İstanbul, 1997), una biografía (*Bütün yönleriyle Yunus Emre*, Berfin Yayınları, İstanbul, 2001), un ensayo sobre poesía (*Sonsuz değişim: düşünceler-görüşle*, Gerçek Sanat Yayınları, Şişhane, İstanbul, 1990), sobre cosmología (*Evren ve yaratı*, Gerçek Sanat Yayınları, Şişhane, İstanbul, 1990), sobre ufología (*Tarih boyunca gök nesneleri*, Berfin Yayınları, İstanbul, 1998), sobre erotismo y sexualidad en el arte (*Sanat ve erotizm: sanat ve insan*, Berfin Yayınları, İstanbul 2004), sobre mitología sumeria (*Huluppu ağacı : Sumer kültürünün Kur'an, İncil ve Tevrat'taki yeri*, Kaynak Yayınları, Beyoğlu, İstanbul, 1999) y otro de carácter histórico (*Dinlerin kökeni ve İslam'da reform*, Berfin Yayınları, İstanbul, 1996). Tradujo a Baudelaire (*Baudelaire'den şiirler*, Varlık Yayınevi, İstanbul, 1961) y a Jacques Prévert (*Seçme şiirler*, Yeditepe Yayınları, İstanbul, 1980).

⁴⁵ Salih Tuğ es autor, entre otros trabajos de *İslâm vergi ükukunun ortaya çıkışı*, Tez-Ankara Üniversitesi, İstanbul, 1963 (sobre derecho islámico e impuestos); *İslam ülkelerinde anayasa hareketleri, XIX ve XX. asırlar İrfan Yayınevi*, İstanbul, 1969 (sobre historia constitucional, entre otros temas) *Zuhayr ibn Harb Nasâ'î*; *Salih Tuğ, Zuheyr 'ubn Harb ve Kitâb 'ul-'ilm adlı eseri*, (H. 160-234/M. 776-849), İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, İstanbul, 1984 (sobre educación islámica); *İslâmiyet, millet gerçeği ve laiklik*, Aydınlar Ocağı, İstanbul, 1994 (sobre secularismo, entre otros temas). Ha escrito asimismo sobre relaciones internacionales (Turquía y el Islam).

⁴⁶ El Art. 175 del Código Penal turco dispone: “3. Quien insulte a Alá, o a alguna de las religiones, de los profetas, de las sectas o a los libros sagrados, o bien vilipendie o ultraje a una persona por razón de sus creencias, por cumplir con sus obligaciones religiosas o por observar las prohibiciones religiosas (...) será castigado con una pena de prisión de 6 meses a un año, y con una multa pesada de 5.000 a 25.000 libras turcas. 4. La pena se duplicará cuando el acto inculminado previsto en el tercer párrafo del presente artículo sea cometido por medio de publicación”.

⁴⁷ TEDH caso Handyside vs. United Kingdom, cit., párr. 49.

⁴⁸ TEDH caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria, cit., párr. 47.

⁴⁹ TEDH Caso I.A. vs. Turquía, cit., párr. 31

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 29.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 30.

⁵² *Ibid.*, párr. 32.

⁵³ Por Sentencia de 28 mayo 1996, el Tribunal de gran instancia condenó al demandante a una pena de prisión de dos años y al pago de una multa. Conmutó la pena de prisión por una multa y condenó finalmente al demandante, por la totalidad, al pago de una multa de 3.291.000 libras turcas (TRL) (16 US\$ la época).

⁵⁴ Vid. TEDH Caso Barford vs. Dinamarca, de 22 de febrero de 1989, Serie A, N° 149, párr. 29: para hallar “un equilibrio justo, el Tribunal no puede desconocer (...) que hay que evitar que los ciudadanos se desanimen, por el temor de sanciones penales o de otra naturaleza, y desistan de opinar sobre tales problemas”.

⁵⁵ Vid. Robert Carle, “Cartoon crisis: Islam and Danish liberalism”, en *Society* (New York), 44, 1 (nov. 2006), pp. 80-88.

⁵⁶ TEDH caso Paturel vs. Francia, numerado 54968/00, S. de 22 de diciembre de 2005 (Sección 1ª).

⁵⁷ TEDH caso Giniewski vs. Francia, numerado 64016/00, S. de 31 de enero de 2006 (Sección 2ª).

⁵⁸ TEDH caso Aydin Tatlav vs. Turquía, numerado 50692/99, S. de 2 de mayo de 2006 (Sección 2ª).

⁵⁹ TEDH caso Klein vs. Eslovaquia, numerado 72208/01, S. 31 de octubre de 2006 (Sección 2ª).

⁶⁰ Christian Paturel, *Sectes, religions et libertés publiques*, Edición La Pensée Universelle, Paris, 1996. Paturel es también autor de: *Et Pharaon dit “Qui est Jéhovah ?”*, les Ateliers du Coiron, Mauras, 1993 (2ª ed., Éd. Force L, Saint-Julien-en-Saint-Alban, 1996) [sobre historia de los testigos de Jehová]; *La dernière croisade. Le droit à la différence. Le cas des témoins de Jéhovah*, préf. de Sabine Besson, Éd. Force L, Saint-Julien-en-Saint-Alban, 1996, y recientemente *La pensée unique face aux spiritualités. Le choc des mondes*, l’Harmattan, Paris [con temas, entre otros, sobre discriminación].

⁶¹ El autor y director de publicaciones de la editorial resultaron condenados a pagar una multa de 20.000 y de 10.000 francos, respectivamente, y la publicación a su cargo de la sentencia en dos periódicos de ámbito nacional, así como al pago simbólico a la querellante en concepto de daños y perjuicios de un franco. La Cour d’Appel revocó parcialmente en cuanto a la cuantía de la multa, que minoró a 15.000 francos, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

⁶² TEDH caso Paturel vs. Francia, *cit.*, párr. 51.

⁶³ Giniewski es autor, entre otras obras, de: *Les complices de Dieu. Définition et mission d’Israël*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1963; *Le néo-judaïsme. Remontée à la source du fleuve juif*, La Baconnière, Neuchâtel, 1966; *Le Sionisme d’Abraham à Dayan*, Editions de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1969; *Le point de vue juif*, Editions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1970; *L’Antisionisme*, Editions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1973; *Simone Weil ou la haine de soi*, Berg International, Paris, 1978; « La résolution 3379 des Nations Unies: le sionisme est-il un racisme? », en *Défense nationale*, 42 (juin 1986), pp. 65-78; *Le Combat d’Israël. Mythes et réalités*, Anthropos, Paris, 1987; *La croix des juifs*, Ed. MJR, Genève, 1994; « Israël: Etat juif ou “juif des Etats” », en *Politique internationale*, 74, 1996/1997, pp. 285-304; « La déclaration vaticane sur la shoah: une “réflexion” magnifiquie et décevante », en *Rivista di studi politici internazionali* (en adelante *RSPi*), 65, 2, 1998, pp. 287-302; *L’antijudaïsme chrétien. La mutation*, Éd. Salvator, Paris, 2000 [sobre relaciones iglesia católica y judaísmo]; « Israel, les islamistes extrémistes et les démocraties occidentales. Allegati », en *RSPI*, 72, 2 (2004), pp. 231-250; « De Jean Paul II a Benoit XVI: la meme politique juive? », en *RSPI*, 72, 3, (2005), p. 503, y *Antisionisme, le nouvel antisémitisme*, Cheminements, Paris, 2005. En España se encuentra disponible *Simone Weil y el Judaísmo*, trad. de A. Sucasas, Riopiedras Eds., Barcelona, 1999. Son numerosos sus trabajos en materia de relaciones internacionales y Medio Oriente.

⁶⁴ Giniewski, considerando que “la Iglesia católica se auto instituye como la sola detentadora de la verdad divina”, criticaba muy particularmente la doctrina encíclica de la “nueva culminación de la antigua alianza”, y afirmaba: “Numerosos cristianos han reconocido que el antijudaísmo escriturario y la doctrina de la ‘culminación’ de la antigua alianza por la nueva alianza conducen al antisemitismo y han formado el terreno donde ha germinado la idea y la realización de Auschwitz”.

⁶⁵ TEDH caso Giniewski vs. Francia, *cit.*, párr. 49.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 51.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 55. Es preciso emplear “la mayor prudencia cuando las medidas o sanciones impuestas por las autoridades internas pueden disuadir a la prensa o a los autores a participar en la discusión de cuestiones que presentan un interés general legítimo”, párr. 59.

⁶⁸ Erdoğan Aydın Tatlav, *Islamiyet Gerçeği*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1992 [con un total de 8 eds.].

⁶⁹ TEDH caso Aydın Tatlav vs. Turquía, *cit.*, párr. 12.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 25.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 24.

⁷² “El recurrente manifiesta que en general el efecto de la religión es de legitimar las injusticias sociales haciéndolas pasar por *voluntad de Dios*. Se trata de un punto de vista crítico de un no creyente en relación a la religión y desde el ámbito sociopolítico”, *Ibid.*, párr. 29.

⁷³ *Ibid.*, párrs. 29, 30 y 31.

⁷⁴ *The People vs. Larry Flynt* (1996), dirección de Milos Forman (Cáslav, República de Checoslovaquia, 1932), producida por Oliver Stone, Janet Yang y Michael Hausman con guión de Scott Alexander & Larry Karaszewski. *El escándalo de Larry Flynt* narra la historia y avatares judiciales de Larry Flynt, editor de la revista pornográfica “Hustler” con el predicador Reverendo Jerry Falwell a causa de una grosera parodia publicada en su revista. Flynt finalmente ganó en el Tribunal Supremo con el argumento de la libertad de expresión, conforme a la Primera Enmienda de la Constitución americana. Los enemigos de Flynt son presentados como hipócritas que roban, practican sexo inaceptable y engañan a la gente.

⁷⁵ No se trataba de una vana pretensión, pues el polémico cartel publicitario fue finalmente retirado en Estados Unidos, Bélgica y Francia. En este último país, además, los obispos franceses organizarían comienzos de 1998 otra protesta pública, esta vez contra a la agencia de publicidad *DDBNeedham* y el grupo *Volkswagen Francia*, a quienes acusaron de “ofender gravemente los sentimientos de los creyentes” por utilizar símbolos cristianos para la campaña publicitaria del nuevo Golf. La queja se concretaba en la valla anuncio que representaba una parodia del cuadro de **Leonardo da Vinci** *Il cenacolo* o *L'ultima cena (1495-1497)*, donde Jesús, rodeado de doce hombres con ropa actual, dice: *Mes amis, réjouissons-nous car une nouvelle Golf est née (Alegremonos, amigos, pues un nuevo Golf ha nacido)*. En una carta de protesta dirigida al presidente de *Volkswagen Francia*, el presidente de la Conferencia Episcopal Francesa, Mons. Louis-Marie Billé, afirmaba que el problema no era que Volkswagen quisiera vender automóviles: “El problema es que, para eso, distorsionan el sentido y la finalidad de imágenes y palabras cuyo

alcance es tal que no puede ponerse al servicio de fines comerciales, por legítimos que sean”. Se trata, por lo menos, del respeto a la *imagen de marca* que cualquier empresa exige: “Todas las firmas automovilísticas están bien atentas a proteger sus modelos de la falsificación o de la piratería industrial. Entonces, ¿cómo es posible que una de ellas se apodere de lo que no le pertenece?”. La ofensa, sostuvieron los obispos, consistía en utilizar el *patrimonio simbólico* de los creyentes, no con fines de creación artística, sino puramente comerciales. Afirmaba, pues, que su actitud no era de censura frente a libertad de expresión. “Vemos en esta campaña -escribió el cardenal Jean-Marie Lustiger el 7 de febrero de 1998 en un artículo titulado *Questions aux fils de pub* (*Cuestiones a los compases de bar*) que publicó *Le Monde*- un signo del nihilismo de nuestro tiempo, que permite todo a los que pueden pagar, y les autoriza a creer que pueden hacer un cartel con un Cristo distorsionado, siempre que puedan pagar 10.000 vallas para difundir su mensaje de mercaderes”. La campaña publicitaria, prevista para 10.000 vallas, había sido presupuestada en 100 millones de francos. Tras ocho días de exposición y ante la reacción provocada, *Volkswagen* retiró tres de cada cuatro carteles. La asociación *Croyances et libertés*, que representaba los intereses episcopales -y cuyo secretario era entonces el obispo Bernard Lagoutte, también secretario general de la Conférence des évêques de Francia interpuso demanda judicial ante el Tribunal de Grande Instance de París solicitando una indemnización de 3,3 millones de francos. Finalmente llegaron a un acuerdo amigable con la agencia *DDBNeedham* y la *Volkswagen*. Éstas lamentaron “haber podido herir las convicciones católicas” y se reafirmaron en la voluntad de “respetar los valores esenciales de la sociedad, así como los que afectan a las convicciones íntimas de los creyentes. También comunicaron su deseo de hacer al Socorro Católico donaciones por importe de 400.000 y 500.000 francos. Vid. también, Jérôme Cottin, “Les reprises de la Cène de Vinci dans l’art et la publicité”, en *Médium* [París], 6, janvier-mars 2006, pp. 100-114, e Isabelle Saint-Martin, “Christ, Pietà, Cène, à l’affiche: écart et transgression dans la publicité et le cinéma”, en *Ethnologie française*, n° 105 2006/1 [Dossier: De la censure à l’autocensure: Seuils de tolérance], pp. 65-81.

Debe recordarse que el TEDH había ya declarado que la publicidad comercial no queda, por el mero hecho de estar presidida por el ánimo de lucro, excluida del ámbito protegido por la libertad de expresión e información (TEDH Casado Coca vs. España, *cit.*), si bien asimismo aplicando un control de proporcionalidad flexible a las medidas nacionales existentes en la materia, por entender que para determinar si una injerencia en la libertad de expresión obedece de forma a una “necesidad social imperiosa”, el margen de apreciación de las autoridades nacionales “es indispensable, en especial, en materia mercantil y en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como la publicidad”. Vid. al respecto TEDH *Vgt Verein gegen Tierfabriken vs. Suiza* 2001/407, S. de 28 junio 2001 (Sección 2ª), párr. 66 a 69; *Demuth vs. Suiza*, S. de 5 de noviembre de 2002 (*Recueil des arrêts et décisions* 2002-IX), párr. 42 [sobre Libertad de expresión y calidad de los programas de televisión en Europa, con relación a limitaciones a anuncios televisivos por razones de política cultural]; *RTL Televisión*, S. de 23 de octubre de 2003 (Asunto C245/01, *Rec.* p. I12489), párr. 73, así como en caso *Karner vs. Austria*, S. de 25 de marzo de 2004 (Asunto C71/02, *Rec.* p. I3025), párr. 51. Sobre el respeto a los derechos ajenos como límite a la publicidad comercial, vid. Caso *Barthold vs. Alemania*, S. de 25 de marzo de 1985, Serie A, N° 90) y Caso “*Marktintern*” *Verlag GMBH y Klaus Beerermann*, Serie A-165, N° 30, S. 20 de noviembre de 1989. En la literatura científica puede verse: Jordi Freixas Montes, “Libertad de expresión y publicidad comercial en los Estados Unidos de América: una aproximación a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*,

8, 1994, pp. 53-60; Daniel Halberstam, “**Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions**”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 147, 4 (Apr. 1999), pp. 771-874; Robert Post, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, en *UCLA Law Review*, 48 (2000), pp. 1-58; Colin R. Munro, “The value of Commercial Speech”, en *Cambridge Law Journal*, 62 (2003), pp. 134-158.

⁷⁶ TEDH caso Klein vs. Eslovaquia, cit., FD 3.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, FD 4.

⁷⁹ *Ibid.*, Fallo.

⁸⁰ Javier Martínez-Torrón, “Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 11, 2006 (Sección monográfica: libertad de expresión y libertad religiosa) [disponible en *Iustel*], y Rafael Navarro Valls, “Convicciones religiosas y libertad de expresión”, en diario *El Mundo* (Madrid), Año: XVIII. Número: 6490, ed. de 24 de septiembre de 2007.

⁸¹ Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “Respecto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid), 36, 2006, pp. 593-612.

⁸² Carlos Soria, “La tutela del sentimiento religioso en los medios de comunicación social”, en *Ius Canonicum*, 27, 53, 1987, pp. 323-335; Juan Ferreiro Galguera, “La protección de los sentimientos religiosos en los acuerdos con la Iglesia Católica”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 11, 1995, pp. 117-148 y *Los límites de la libertad de expresión: la cuestión de los sentimientos religiosos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1996; Igor Minteguía Arregui, “Libertad de expresión artística y sentimientos religiosos. (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 25 de marzo de 1993)”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 14, 1998, pp. 569-584; Juan Goti Ordeñana, “Protección penal de los derechos de libertad religiosa y de los sentimientos religiosos”, en *Derecho y Opinión*, 6, 1998, pp. 275-288; Juan Ferreiro Galguera, “Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales: la creación artísticas y el respeto a los sentimientos religiosos”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 3, 1999, pp. 199-220 y “Libertad informativa: concepto y ámbito. La expresión artística y los sentimientos religiosos”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, 1999, vol. 2, pp. 331-356; David García-Pardo Gómez, “La protección de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación”, en *Ius Canonicum*, 40, 79, 2000, pp. 125-155; Igor Minteguía Arregui, “El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 11, 2006 [vid. *Iustel*]; Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “Respecto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid), 36, 2006, pp. 593-612, Alex Seglers Gómez-Quintero, “*El control democrático de la libertad de expresión y la protección de los sentimientos religiosos. La labor del Consell de l’Audiovisual*”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 22,

2006, pp. 575-588, e Igor Minteguia Arregui, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Dykinson, Madrid, 2006.

⁸³ Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud”, en VV.AA., *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, 1998, vol. 1, pp. 13-48.

⁸⁴ Algo, por cierto, que sí se permitió hacer el TEDH en el caso Müller. “El valor artístico de las obras expuestas en Friburgo no es tan evidente (...) Müller es, sin duda, un artista con algunos logros, especialmente en la composición y en los colores, aunque las obras secuestradas en Friburgo parecen algo chapuceras (...) Por último, las comparaciones con las obras de Miguel Ángel y J. Bosco son especiosas” (párr. 14).

⁸⁵ Vid. José Martínez de Pisón, “Poderes Públicos y Religión. El difícil compromiso con la libertad de conciencia”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 1/2003, también en *Brocar: Cuadernos de Investigación histórica* [Universidad de La Rioja], 27, 2003, pp. 295-307, y “Libertad ideológica y libertad religiosa”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos* [Asociación Derecho, Laicidad y Libertades. Madrid], 1, 2001, pp. 305-332; Rafael de Asís, “Laicidad y teoría de los Derechos Humanos”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 4, 2004, pp. 107-124.