

¿ES RAZONABLE QUE EL DERECHO LIMITE AL ARTE?

Por Ricardo Porto

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2017

Fecha de aprobación: 1 de marzo de 2017

Resumen

A través de este artículo nos proponemos verificar la mayor o menor razonabilidad de que el derecho limite al arte. Para ello, tomaremos las diferentes manifestaciones artísticas –pinturas, esculturas, películas, canciones, fotografías, libros, obras de teatro, etc-, y analizaremos las decisiones de diferentes operadores jurídicos –legisladores, jueces, funcionarios de organismos de control- sobre tales expresiones del arte.

En suma, intentaremos descifrar la compleja relación entre el arte y el derecho.

Abstract

Through this article we propose to verify the greater or lesser reasonableness that the right limits to the art. To do this, we will take the different artistic manifestations - paintings, sculptures, films, songs, photographs, books, plays, etc. - and analyze the decisions of different legal operators - legislators, judges, Of art. In sum, we will try to decipher the complex relationship between art and law.

Resumo

Através deste artigo, pretendemos verificar o grau de razoabilidade que a arte borda direita. Para fazer isso, vamos assumir diferentes formas de pinturas de arte, esculturas, filmes, canções, fotografías, libros, peças de teatro, etc, e analisar as decisões dos diferentes -legisladores legais profesionales, juízes, órgãos de controle sobre tais expressões art.

Em suma, tentamos decifrar a complexa relação entre a arte ea lei.

Palabras clave

Derecho, arte, límites.

Keywords

Right, art, limits.

Palavras-chave

Lei, arte, limites.

1. Introducción

El referido interrogante nos proporciona una primera certeza: el derecho efectivamente impone límites al arte; por lo cual, lo que resta, es preguntarnos acerca de la razonabilidad de este tipo de limitaciones. En efecto, a lo largo de la historia hemos visto como el derecho, a través de normas jurídicas o sentencias judiciales, ha establecido diversas limitaciones a la exposición o difusión de diferentes manifestaciones artísticas. Clausuras de museos en donde se exponen esculturas o pinturas consideradas ofensivas para la moral o la religión, películas prohibidas por atentar contra diversos valores sociales, libros censurados por su

ideología, obras de teatro levantadas por transgresoras, son solo alguno de los ejemplos de este tipo de sanciones jurídicas.

¿Se trata, en todos los casos, de condenables actos de barbarie e intolerancia? ¿Existen razones que justifiquen tales medidas? ¿Debe estar el arte fuera de la mirada estatal?

El objetivo del trabajo es analizar la mayor o menor razonabilidad de tales decisiones. Para ello, tomaremos las diferentes manifestaciones artísticas –pinturas, esculturas, películas, canciones, fotografías, libros, obras de teatro, etc-, y analizaremos las decisiones de diferentes operadores jurídicos –legisladores, jueces, funcionarios de organismos de control- sobre tales expresiones del arte.

En suma, intentaremos descifrar la compleja relación entre el arte y el derecho.

2. Del Califa Omar a la Corte de Justicia Europea

Cuenta la leyenda, que cuando el califa Omar ordenó la quema de la Biblioteca de Alejandría, justificó su determinación diciendo que si los libros que allí se encontraban coincidían con el Corán eran superfluos, y si se oponían a él, eran blasfemos.

La Inquisición Católica y el Concilio de Trento en 1564 alumbraron el *Index Librorum Prohibitorum*, censurando cientos de libros, ya que su vigencia se extendió hasta el papado de Paulo VI, en 1966. Por su parte, el mundo secular no mostró una tolerancia mayor. Lewis (2000) recuerda que:

En 1538, el Rey Enrique VIII impuso el requisito de que todo cuanto se imprimiese en el reino tenía que obtener primero la aprobación de los funcionarios reales encargados de otorgar licencias. El real decreto perseguía un doble propósito: económicamente, regular la nueva industria de la imprenta y, políticamente, impedir la distribución de opiniones mal vistas por el Rey. Este sistema de licencias reales perduró hasta que la revolución de Cromwell puso fin -temporalmente- a la monarquía y, en

1643, el Parlamento aprobó su propia ley de licencias. La licencia era un requisito muy oneroso. Para publicar un libro, un folleto, un sermón o hasta un cartel, el interesado tenía que recibir el *imprimatur* de los censores, cuyas decisiones, muchas veces arbitrarias, eran inapelables en derecho. El sistema de licencias fue objeto de protestas muy memorables, entre ellas, la clásica de John Milton, *Areopagítica - Oración por la Libertad de la Impresión sin Licencia-*, de 1644. Pero el sistema sobrevivió los denuestos de Milton y desapareció finalmente en 1694, cuando el Parlamento decidió no renovar la ley de licencias (p. 45).

Sin embargo, más allá de lo dispuesto, toda desviación de estos códigos restrictivos generó fuertes castigos. Señala Sanford (s.f.) que según la ley *De Sacandlum Magnatium* de 1725, los murmuradores que con sus habladurías desacreditaran al rey y a sus señores darían con sus huesos a las mazmorras para inducirles a revelar al tribunal *el primer autor del cuento*. La llamada Corte de la Cámara de la Estrella, de triste recordación, recibió reconocimiento oficial de su misión punitiva en 1846, precisamente por los años en que la imprenta y la publicación en gran escala hacía su aparición en Europa.

Mucho más cerca en el tiempo, ya en nuestro siglo, la famosa periodista Oriana Fallaci, fallecida en 2006, fue juzgada en Italia por su libro *La rabia y el orgullo*, crítico del Islam. Actualmente, leyes de Francia, Bélgica, Alemania o Austria, condenan los libros y artículos que niegan el Holocausto Nazi.

Desde luego, la censura a las manifestaciones artísticas no se detuvo en los libros, sino que películas, obras de teatro, canciones, pinturas, fotografías y esculturas sufrieron diversas sanciones legales. La Corte Europea de Derechos Humanos, en 1994, en el caso "*Otto-Preminger Institut v. Austria*" convalidó el secuestro y la confiscación de una película basada en la obra dramática escrita por Oskar Panizza, que cuestionaba los dogmas de la religión católica. Dos años más tarde, el mismo tribunal, en el caso "*Wingrove v. Reino Unido*", admitió la represión penal de la blasfemia, condenando un videoclip basado en la vida de Santa Teresa de Avila.

En abril de 2015, el Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona levantó la exposición *La Bestia y el Soberano*, porque los curadores se negaban a retirar la obra *Haute couture 04 Transport (Alta costura 04 Transporte)*, de la austríaca Inés Doujak y del británico John Barker, en la cual se representa al rey Juan Carlos montado por una mujer de rasgos indígenas, inspirada en la líder social boliviana Domitila Barrios, que a su vez es poseída por un perro. Luego, ante las fuertes críticas a la censura, la exposición se repuso.

En México, el Jumex suspendió a comienzos de 2015, la muestra del artista austríaco Hermann Nitsch, luego de recibir un petitorio con 5000 firmas en su rechazo, por la utilización de sangre animal en sus pinturas. Más aún, este artista, protagonista del denominado Accionismo Vienés y creador del Teatro de Orgías y Misterio, ha sido denunciado por entidades de defensa de los derechos de los animales, por torturar y sacrificar animales en sus presentaciones.

El artista costarricense Guillermo Vargas abandonó un perro en una galería de arte, para representar el maltrato sufrido por los inmigrantes. En la Bienal de Johannesburgo, Juan Manuel Romero ha maltratado peces para mostrar el hostil habitat humano. Otros artistas han llegado a utilizar seres humanos para condenar la esclavitud. Estas expresiones artísticas han sido objeto de fuertes críticas y reproches legales. En enero de 2015, la cubana Tania Bruguera fue detenida por su obra *Tatlin's Whisper #6*, que consistía en poner un micrófono en la Plaza de la Revolución de La Habana para que los cubanos pudieran expresar sus ideas libremente.

Por cierto, el derecho también persiguió a la música. The Beatles, Bod Dylan, Madonna, Nirvana, Marilyn Manson, George Michael, Rolling Stones y Sex Pistols, son solo algunos de los músicos que vieron como sus canciones eran objeto de censura en diferentes países.

Por último, cabe recordar que en nuestro país existió una norma jurídica que prohibió diversas manifestaciones artísticas simultáneamente. Se trató del Decreto Ley 4161/56, dictado por la denominada Revolución Libertadora que prohibió

...la utilización de la fotografía, retrato o escultura de los funcionarios peronistas o sus parientes, el escudo y la bandera peronista, el nombre propio del presidente depuesto, el de sus parientes, las expresiones *peronismo*, *peronista*, *justicialismo*, *justicialista*, *tercera posición*, la abreviatura *p.p.*, las fechas exaltadas por el régimen depuesto, las composiciones musicales *Marcha de los muchachos peronistas* y *Evita capitana*, o fragmentos de las mismas, la obra *La razón de mi vida* o fragmentos de la misma y los discursos del presidente depuesto, y de su esposa o fragmentos de los mismos...

El listado de expresiones artísticas condenadas por el derecho podría continuar indefinidamente. No obstante, con estos pocos ejemplos solo pretendo mostrar cómo, a lo largo de la historia, diversas medidas jurídicas, más o menos sofisticadas, y fundamentadas en diversas razones, han limitado la exhibición o difusión de obras artísticas.

3. Cuando el derecho limita al arte

En esta temática, la primera pregunta que cabe formularse es acerca de la legitimidad de la intervención del derecho sobre el arte. ¿Existen determinadas razones que justificarían que el Estado limitara la difusión o exhibición de alguna expresión artística? Yoshino (2006) ha dicho que es la política quien determina las fronteras entre el derecho y el arte.

Por supuesto que *a través* de la política podríamos decidir delinear una esfera autónoma para el arte. El Estado podría elegir quedarse afuera del arte como se queda afuera de la religión. Pero será el Estado el que tome esa resolución. El arte, entonces, siempre existe con la aquiescencia del Estado. Como estas esferas entran inevitablemente en conflicto, la censura también es inevitable (p. 29).

Más adelante, Yoshino (2006) ejemplifica su idea afirmando que "...la supresión de *El amante de Lady Chatterley* será tildada de censura más

probablemente que la supresión de la pornografía infantil. Pero ambas son formas de censura estatal, formalmente definida como la supresión de expresión por parte del gobierno” (p. 30).

Partiendo de esta postura, y del dato fáctico que muestra al Estado imponiendo límites al arte, existe una amplia gama ideológica, que va de una posición libertaria, que solo admite una limitadísima y excepcional intervención estatal, hasta posturas decididamente conservadoras y perfeccionistas, justificadoras de un amplio repertorio de restricciones legales al arte.

Nozick (1998), en su obra *Anarquía, Estado y utopía*, resume la postura libertaria, defendiendo la tesis de un Estado mínimo, que solo se limita a preservar la propiedad, hacer cumplir los contratos y proteger a las personas de la fuerza. Desde esta concepción, las limitaciones al arte son virtualmente injustificadas. Nagel (1996) también cuestiona fuertemente la intervención del Estado en las diferentes expresiones artísticas estableciendo que sabe que la vida es vivible perfectamente sin la pornografía y que la persecución en Europa de los negacionistas o de los vendedores de *souvenirs* nazis es, ante todo, meramente ridícula. Pero la idea que el poder del Estado podría ser legítimamente utilizado de estas formas me parece groseramente incorrecta, y las ocasiones en que se ejercita parecen serias injusticias, por modestos que sean sus costos reales.

Más adelante, Nagel (1996) solo admite la intervención pública cuando resulta claramente necesaria para prevenir daños serios diferentes a la expresión misma.

La penalización de las expresiones artísticas consideradas pornográficas ha sido objeto de fuerte debate. Dworkin, por caso, en su trabajo titulado, precisamente, “¿Tenemos derecho a la pornografía?”, plantea las dificultades de la regulación de este tipo de manifestaciones. Describiendo la realidad jurídica inglesa y norteamericana, Dworkin advierte que “En ambos países, la mayor parte de las personas prefiere – o parece preferir- que haya una fuerte censura, o incluso una prohibición total, de libros, revistas, fotografías o películas con contenido

sexualmente explícito, y en esa mayoría se incluye una cantidad considerable de personas que consumen pornografía” (Nozick, 2012, p. 411).

MacKinnon (1995), quien polemizó fuertemente con Dworkin, cree que la pornografía no es una forma de expresión, sino que se trata de una práctica de desigualdad y discriminación que genera violencia. La pornografía es el fascismo de la democracia, sostuvo en un The New York Magazine.

Rivera (2009) analiza las expresiones artísticas que puedan ser discriminatorias o incitar al odio. Particularmente, Rivera objeta el castigo jurídico de las expresiones de odio, realizadas en el ámbito del discurso público, no dirigidas contra una persona específica y no susceptibles de provocar actos de violencia inmediatos. En este orden de ideas, Rivera disiente con aquellos que sustentan una visión expansiva de la penalización de diversas expresiones discriminatorias, dado que conduce a una intervención nociva del Estado en la conformación del discurso público.

De concederse ese poder, el Estado podría censurar obras maestras de la literatura tales como *El mercader de Venecia*, de Shakespeare, *Oliver Twist*, de Charles Dickens, el *Martín Fierro*, de José Hernández, e incluso la *Biblia*; películas como *El nacimiento de una nación*, series de televisión como *24* o *Soy Gitano* y óperas como *Idomeneo*, de Mozart (p. 212).

Frente a estas posturas, una heterogénea gama de corrientes ideológicas antiliberales -conservadores, perfeccionistas, paternalistas, comunitaristas, feministas, etc- van a encontrar diversas razones para establecer limitaciones a expresiones artísticas que se oponen a determinados valores culturales. Explica Sandel (2010) que:

En la política contemporánea, se suelen identificar las teorías de la virtud con los conservadores culturales y la derecha religiosa. Que se legisle sobre moralidad es anatema para muchos liberales, pues haciéndolo se corre el riesgo de caer en la intolerancia y la coacción. Pero la noción de que una sociedad justa es la que se adhiere a ciertas virtudes y ciertas

formas de una vida buena ha inspirado argumentos y movimientos políticos a lo largo de todo el espectro ideológico (p. 30).

Desde esta concepción se van a encontrar justificaciones para limitar y restringir las expresiones artísticas que se opongan a esa idea de vida buena.

4. La imprescindible libertad de expresión

Existe un acuerdo básico en que el punto de partida del arte es la libertad de expresión. Sin este derecho es inconcebible cualquier manifestación artística. La Constitución Nacional, en el artículo 14, garantiza a todos los habitantes el derecho a "...publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa..."

El principio cardinal de la libertad de expresión describe la relación libertad-responsabilidad. Conforme a ello, toda manifestación de ideas puede hacerse libremente; debiendo asumirse la responsabilidad por las consecuencias que se generan por tales manifestaciones. Se instala, de este modo, la idea de responsabilidad ulterior.

Este principio jurídico es recogido expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13º:

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.

Teniendo presente esta normativa, cualquier medida que impida la difusión o exhibición de manifestaciones artísticas tendrá una fuerte sospecha de ilegitimidad.

Solamente cuando tales expresiones sean difundidas, y en determinadas circunstancias- podría el derecho actuar.

La doctrina ha debatido en torno al alcance de la libertad de expresión. En ese orden, si bien es pacíficamente admitido que la libertad de expresión comprende a los diferentes medios de comunicación; no hay un similar consenso en torno la justificación de la regulación de cada medio o expresión artística en particular.

En principio, no tienen el mismo margen de libertad para expresarse un escritor, un autor teatral, un productor de televisión, un pintor o un músico.

Los diferentes medios, y manifestaciones artísticas, de acuerdo a su propia naturaleza, tendrán diferentes marcos regulatorios. Bidart Campos (1978) explica que las expresiones distintas de la prensa, si bien admiten la analogía, descartan la identidad, desde que el ámbito de divulgación, el público destinatario y la misma forma de expresión que se utiliza, difieren bastante o mucho. No es lo mismo leer un libro que ver una imagen dinámica en la televisión o en el cine. De donde, si postulamos que la integración constitucional lleva a crear una norma de libertad de expresión para todos los medios distintos de la prensa, admitimos también que dicha norma dosifique razonablemente aquella libertad para tutelar valores sociales en juego: orden y moral pública, seguridad, etc.

Más adelante, el autor reconocerá que lo difícil será establecer esa dosis y determinar su razonabilidad.

La jurisprudencia también ha advertido el disímil alcance de la libertad de expresión en los diferentes medios y manifestaciones artísticas manifestando que las expresiones susceptibles de herir el pudor público tiene un alcance distinto y menos grave en el libro que en la imagen fílmica, de modo que la libertad de expresión que penetró en la novela no tiene la misma dimensión que en el cinematógrafo (Caso El Silencio, Cámara Nacional Criminal de la Capital Federal. Sala 5º. 23/12/1964).

En este contexto, los diferentes medios y manifestaciones artísticas cuentan con sus propios marcos regulatorios.

La Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual dispone que en el horario desde las 6.00 y hasta las 22.00 horas los programas deberán ser aptos para todo público. Desde las 22.00 y hasta las 6.00 horas se podrán emitir programas considerados aptos para mayores.

Además, se expresa que dentro de los horarios calificados como apto para todo público serán considerados como falta grave y sancionados con suspensión de publicidad los mensajes que induzcan al consumo de sustancias psicoactivas, las escenas que contengan violencia verbal y/o física injustificada, los materiales previamente editados que enfatizen lo truculento, morboso o sórdido, las representaciones explícitas de actos sexuales que no sean con fines educativos, la desnudez y el lenguaje adulto fuera de contexto, la utilización de lenguaje obsceno de manera sistemática, sin una finalidad narrativa que lo avale y la emisión de obras cinematográficas cuya calificación realizada por el organismo público competente no coincida con las franjas horarias previstas en la presente ley.

El cine, por su parte, cuenta con un sistema de calificación de películas regulado por la Ley 23.052. La norma establece un régimen de calificación sin censura, por el cual se determina si una película es apta para todo público, restringida para menores de 13, 16 o 18 años, o bien de exhibición condicionada. Se prohíbe todo corte del material a exhibir.

La Ley Nacional del Teatro 24.800 no contiene disposiciones que regulen el contenido de las obras. La Ley 26.801 tiene por objeto fomentar la actividad musical en general, y en particular la nacional, y, tampoco se dedica a establecer pautas sobre los contenidos musicales.

Sin perjuicio de esta normativa específica de las artes, el derecho no se ha privado de perseguir y condenar diferentes manifestaciones artísticas.

Lo ha hecho recurriendo al Código Penal, que castiga la apología del crimen, la pornografía, las publicaciones y exhibiciones obscenas, el ultraje a la bandera, el Himno Nacional y los símbolos patrios. También se ha echado mano a la ley de estupefacientes y a los Tratados Internacionales que condenan las expresiones de

odio y la incitación a la violencia y la discriminación por razones de raza, sexo, religión o nacionalidad.

También se ha invocado la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, para condenar diferentes manifestaciones artísticas. Dicha norma condena la violencia mediática contra las mujeres, definida como aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

Asimismo, el artículo 1071 bis del viejo Código Civil ha servido para condenar obras artísticas. Dicha norma penaliza a quien arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad.

Por último, cabe recordar que diferentes normas municipales también han impedido la exhibición y difusión de diferentes obras de arte.

Para concluir, no es ocioso recordar que este tipo de restricciones que el derecho impone al arte, no solo perjudica al artista, sino también al público.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su célebre Opinión Consultiva 5/85 ha señalado que la libertad de expresión engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones.

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión artística comprende tanto al artista como al público.

5. La ira contra León Ferrari

En diciembre de 2004 la agrupación de curas “*Cristo Sacerdote*”, presentó una acción judicial solicitando la clausura de la retrospectiva del artista plástico León Ferrari, en el Centro Cultural Recoleta, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En dicha muestra, entre otras cosas, se presentaban trabajos que cuestionaban ciertos aspectos de la religión católica.

La demanda consiguió su objetivo de clausura el 17 de diciembre, dos semanas después de la apertura de la exposición. En su fallo, la jueza Elena Liberatori argumentó que la muestra constituía una injerencia privada en la vida de los ciudadanos. La magistrada sostuvo que se lesionaban sentimientos religiosos, afectándose ostensiblemente la paz social; fundamentándolo en el artículo 1071 bis del Código Civil, que establece que la mortificación a otros en sus costumbres o sentimientos constituye una intromisión arbitraria en la vida ajena (Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ procesos incidentales, Juzgado de Primera Instancia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Diciembre de 2004).

Por otra parte, la sentencia utilizó como argumento para la clausura que el culto católico es mayoría en la Argentina.

Contrariamente, la Procuradora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sostuvo el derecho de las minorías, y el sustento brindado por el artículo 32 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que prohíbe expresamente la censura; garantizando la libertad de expresión (Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ procesos incidentales. Dictamen Procuradora Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Además, se destacó que la muestra de León Ferrari tenía lugar en un centro cultural cerrado, por lo cual no constituía una intromisión en la intimidad, básicamente porque existe el derecho a entrar o no entrar.

Por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 27 de diciembre de 2004 revocó el fallo.

En el voto de la mayoría se afirmó que la afectación de los sentimientos alegada forma parte de las molestias que se deben tolerar al convivir en un Estado de Derecho, donde se protege la libertad de expresión y cuyo ejercicio puede derivar en la existencia de expresiones artísticas que afecten nuestra sensibilidad, la libertad de expresión es un derecho muy amplio, fundamental en el Estado de Derecho, se encuentra prohibida la censura y, ante los eventuales abusos, juega la responsabilidad civil o penal ulterior (Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ procesos incidentales. Fallo Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Asimismo, se expresó que en la realización de la política cultural, la Ciudad debe actuar de forma pluralista y el sistema de política cultural debe estar basado en la prohibición de la censura, en el respeto a la libertad creadora y en la diversidad estética.

En ese orden, se indicó que la actividad cultural en la Ciudad en nada afecta el derecho de cada persona a escoger sus creencias. Así, por ejemplo, no puede entenderse que haberse incluido en la programación del Teatro Colón en 2002 una obra de Paul Claudel, implique, de por sí, imponer creencias católicas en los espectadores. Si toda la actividad cultural del gobierno sólo incluyera cierto tipo de arte, sí podría pensarse que se está, al menos oblicuamente, ante una forma de imponer ciertas visiones. La diversidad es la protegida en un Estado de Derecho (Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

s/ procesos incidentales. Fallo Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Respecto a la supuesta violación a la intimidad, se afirmó que el derecho a la intimidad garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro del ámbito privado. Por ello, no resulta suficiente que algo moleste o hiera la sensibilidad de otros; porque si así fuese, el derecho a la intimidad podría convertirse en un peligroso instrumento para censurar opiniones que no se comparten.

En tal caso, habría violación de la intimidad si se divulgaran arbitrariamente las creencias religiosas de una persona o se le impidiera realizar libremente su culto o pretendiera imponérsele una determinada convicción religiosa.

Otro tema que abordó el fallo de la Cámara fue el de la paz social. Allí se señaló que no puede admitirse que la existencia de actos de violencia contra una muestra, justifiquen su clausura. Sólo una sociedad articulada alrededor del miedo podría imaginar una solución de ese tipo. No es mediante la clausura de la muestra que se conserva el orden, sino por medio de la aplicación de la ley, la educación y el ejercicio mismo de la libertad (Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ procesos incidentales. Fallo Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Por último, se destacó la importancia de garantizar la libertad de expresión, y preservar las manifestaciones artísticas que cuestionan las ideas arraigadas y las creencias mayoritarias.

Una obra como la de León Ferrari se enmarca en una larga tradición de polémicas con las creencias más arraigadas o difundidas. Ante la dimensión crítica del arte es posible una diversidad de reacciones emocionales e intelectuales, pero ninguna justifica impedir la expresión artística del otro. Cuando se prohíbe dicha expresión se entra en el ámbito de la censura, que no es más que una forma de imponer al otro una creencia, una idea o un valor (Caso Asociación Cristo Sacerdote

y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ procesos incidentales. Fallo Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

En síntesis, el fallo revocó la clausura de la muestra, y ordenó que se exhiban carteles, en donde se alertara a los potenciales visitantes sobre el contenido de la muestra y sobre la posible afectación que algunas obras podían generar en sus sentimientos religiosos.

6. Películas cuestionadas

La película “*La última tentación de Cristo*”, dirigida por Martín Scorsese, y con libro de Niko Katsansakis, fue objeto de censura en nuestro país. En el film, luego de su crucifixión, Dios le señala a Jesús, que ya ha cumplido su misión, que su muerte no es necesaria, y que puede seguir viviendo en la tierra, como cualquier ser humano.

Diversas agrupaciones católicas sostuvieron que la película constituía una visión sacrílega de la persona divina de Jesucristo, y una lesión en el sentir religioso de la mayoría de la población; por lo cual solicitaron a la justicia que impidiera la difusión de la película.

El juez federal Edmundo Carbone hizo lugar a tal petición. El fallo recoge esa argumentación y, entre otras cosas, se fundamenta en el artículo 2° de la Constitución Nacional, que señala, que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano; afirmándose que la proyección del film podría implicar una profanación de la fe católica (Caso Arias e/ Imagen Satelital Canal Space. Fallo Primera Instancia Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

En Chile ocurrió algo similar, dado que la justicia de ese país también censuró la película. Pero allí, el caso llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado que tal restricción constituía una violación a lo dispuesto en el

artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que preserva la libertad de expresión.

En el país trasandino, la agrupación católica denominada “*El porvenir de Chile*”, interpuso en noviembre de 1997 una acción judicial aduciendo que la resolución que autorizaba a ver públicamente la película, era arbitraria e ilegal, por atentar contra la memoria de Jesús. En respuesta a tal petición, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile censuró la película.

Un grupo de estudiantes chilenos, los abogados Olmedo y Colombara, y la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas se presentaron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El tribunal, en este caso denominado “*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*” destacó que la libertad de expresión, si bien configura un derecho individual, cuando se proyecta sobre el acceso a la información, implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

En esa orientación, la CIDH afirmó que:

La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. CIDH. Considerando 64-05/02/2001).

En base a ello, la CIDH condenó al Estado chileno, mediante sentencia definitiva del 5 de febrero de 2001, considerando que Chile había incurrido en responsabilidad internacional, al violar la libertad de expresión.

En nuestro país, otra película censurada fue “*El silencio*”, de Ingmar Bergman. En esta oportunidad, se objetó el contenido erótico del film. Para fundamentar su determinación, el Juez de Primera Instancia entre otras consideraciones, señaló que

el delito de obscenidad tutela al espectador común, hombre medio, reprimiendo las ofensas al pudor público y no las públicas ofensas al pudor. Las expresiones susceptibles de herir el pudor público tiene un alcance distinto y menos grave en el libro que en la imagen fílmica, de modo que la libertad de expresión que penetró en la novela no tiene la misma dimensión que en el cinematógrafo, y la jurisprudencia penal de los tribunales argentinos, en cuanto a la apreciación de la finalidad de la obra, se torna inaplicable en esta última materia. Las escenas cinematográficas pueden ser obscenas en sí mismas, sin interesar si lo es o no la película que las contiene (Caso El Silencio. Juzgado de Primera Instancia Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

A su turno, la sala 1º de la Cámara Criminal de la Capital ratificó el fallo, afirmando que son obscenas las secuencias de una obra cinematográfica que por sus inequívocas y claras significaciones sexuales resultan susceptibles de excitar un interés lascivo o de causar un sentimiento de repugnancia que lastime el pudor colectivo. El pudor colectivo, a los efectos del delito de obscenidad se debe estimar, no con un criterio “medio”, abstracto, sino en concreta relación con los conceptos normales que configuran, en una época y lugar determinados, el ámbito de intimidad sexual (Caso El Silencio. Cámara Nacional Criminal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala 5º. 23/12/1964).

Asimismo, el fallo de Cámara expresa que son ajenos al juicio sobre obscenidad de determinadas secuencias de una película, sus valores estéticos, representativos o teleológicos. Para el juzgamiento de determinadas secuencias de una obra fílmica, no hay que partir de la perspectiva que merezca al especialista en los virtuosismos plásticos del séptimo arte, o al agudo intérprete, capaz de desentrañar la clave en criptograma del problema que plantea; corresponde a la justicia colocarse en el plano del hombre y de la mujer común, de la gente anónima y corriente, cuyo normal criterio está conformado por las pautas culturales de nuestra civilidad, costumbres, ambiente, modo de sentir y estilo de la vida argentina

(Caso El Silencio. Cámara Nacional Criminal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. I. Sala 5º. 23/12/1964).

Por último, cabe recordar que esta película generó –lamentablemente- otros episodios de censura. Esto tuvo lugar cuando el periodista Rosario Calcagno fue condenado por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que confirmó la sentencia que consideraba que Calcagno había incurrido en el delito de desacato por publicar un artículo fuertemente crítico de la decisión judicial.

Como recuerda **Rivera** (2009):

Calcagno no fue la única persona sometida a proceso penal por criticar la orden de secuestro de *El Silencio*. La publicación de una carta de lectores en el semanario Primera Plana generó también una denuncia penal por desacato contra Alejandro Moreno –autor de la carta de lectores- y Jacobo Timerman –director del semanario Primera Plana- (p. 146).

7. El Desnudo fotográfico

La fotografía fue otras de las expresiones artísticas que sufrió la persecución del derecho en nuestro país. Annemarie Heinrich, artista nacida en Alemania y naturalizada argentina, famosa por fotografiar desnudos femeninos, retrató con su cámara a la actriz Thilda Thamar. Dichas muestras se expusieron en la vidriera de su estudio, ubicado en la Avenida Las Heras, de la ciudad de Buenos Aires.

En 1991, un particular que pasó junto a su mujer por la vereda del estudio se sintió agraviado por las fotografías, por lo cual inició una acción judicial por el delito de publicaciones obscenas; considerando que la producción era decididamente pornográfica.

La demanda penal generó una ola de fuertes críticas, no solo en el ámbito nacional, sino también por parte de la comunidad artística internacional.

Finalmente, la jueza en lo correccional Rina Rende de Cajide rechazó la demanda por inexistencia de delito, ya que consideró que la exhibición de las

fotografías cuestionadas en modo alguno podía encuadrarse en la figura penal, destacando que las mismas revelan una calidad y estética que la ubican en el plano artístico (Caso Annemarie Heinrich. Fallo Juzgado Correccional Ciudad Autónoma de Buenos Aires. CABA.1991).

8. Tertulia en el cementerio

Los espectáculos teatrales también han sufrido la persecución del derecho. Eso sucedió, por ejemplo, con la obra *“Tertulia”*, de Nicolás Varchausky y Eduardo Molinari; que consistía en un recorrido por las tumbas de difuntos destacados de la historia argentina. La muestra, mediante la expresión de sonidos e imágenes, comprendía, principalmente, relatos de episodios históricos.

Para evitar su exposición se presentó, en setiembre de 2005, un recurso de amparo por un grupo de vecinos-amigos de la Recoleta. La acción judicial impidió, en principio, la realización la señalada obra, que formaba parte del Festival Internacional de Teatro con sede en Buenos Aires, organizado por la Secretaría de Cultura, y que iba a tener lugar en el Cementerio de la Recoleta.

En el amparo se sostuvo que el espectáculo afectaba el respeto que debe reinar en el interior de cualquier cementerio, y que además, se verían ofendidos en sus creencias, formación y afectos; como así también, se quejaron, de la supuesta afectación arquitectónica de la necrópolis.

La jueza de primera instancia, Lidia Lago, hizo lugar a la medida cautelar solicitada.

Posteriormente, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, revocó el fallo, afirmando que no era suficiente invocar el derecho a no ver ofendidas las creencias, formación y afectos, así como la defensa del respeto de la historia del país, o de seres queridos, para fundar una medida de censura. Se hizo referencia al artículo 13 de la

Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza la libertad de expresión sin censura previa:

Resulta contrario al Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13) y a la Constitución Nacional (artículo 14), admitir la pretensión de los actores incluso con carácter preventivo o cautelar, con el objeto de evitar posibles daños a las creencias de la población. Calificar a la expresión artística como ofensiva, y admitir la censura pretendida, llevaría al tribunal a imponer sus gustos o creencias, o tal vez, fallar sobre las bases de su propio disgusto respecto de la puesta. Para garantizar el respeto de expresiones artísticas es esencial que sean los jueces quienes adopten posturas garantizadoras (Caso Tertulia. Fallo Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005).

9. El Himno en tiempo de rock

La música también ha pasado por los tribunales de nuestro país. En 1990 se radicó una causa penal contra el músico Charly García, por el supuesto delito de ultraje a la canción patria, dada su particular interpretación del Himno Nacional Argentino, cuya versión musical no coincidía con la de Blas Parera.

En esa oportunidad se invocó el artículo 222 del Código Penal, que, entre otras cosas, reprime "... con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina".

El Juez Blondi desestimó la denuncia por inexistencia de delito. En los fundamentos de su determinación señaló que la versión de García no constituía una humillación del himno, afirmando, por el contrario que esperaba que en el marco adecuado, la difusión o interpretación de dicha versión pudiera ser un vehículo

emocional, nada desdeñable que, sin menoscabo de la versión original, sirva para exaltar los sentimientos de nacionalidad de los ciudadanos jóvenes. (Caso Charly García. Fallo Juzgado Primera Instancia Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

10. La Censura a Tato Bores

Por último, traemos a colación uno de los casos judiciales más resonantes de censura previa en nuestro país, referido al humor televisivo. Se trata del protagonizado por el actor Tato Bores, quien fuera censurado por una decisión judicial, que impidió la difusión de un programa en donde, supuestamente, se afectaba el honor de una jueza, la Dra. María Servini de Cubría.

La determinación de la justicia generó fuertes críticas en el mundo artístico y político del país.

Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un fallo dividido, revocó la sentencia. En efecto, se pueden apreciar diferentes posturas entre los jueces firmantes. Barra, por caso, representa una corriente de pensamiento restrictiva en relación a la libertad de expresión, dado que admite la censura si es determinada en sede judicial. Por el contrario, en el voto de Petracchi, la libertad de expresión adquiere una dimensión de singular importancia y gravitación institucional.

En este orden, me interesa destacar la defensa del humor, como una manifestación artística que debe ser garantizada.

Al respecto, Petracchi destaca la importancia de preservar integralmente la libertad de expresión y puntualiza los aportes de la prensa humorística y satírica en las sociedades democráticas desde Aristófanes y quizá antes, la sátira social y política ha sido un elemento sustantivo del universo cultural al que se suele denominar occidente (Caso Arte Radiotelevisión Argentino S.A y Mauricio Borestein. Fallo CSJN).

Continúa refiriendo Petracchi

Que, siempre sobre ese particular, la Suprema Corte norteamericana puso de relieve en “Hustler Magazine, Inc. v. Falwell” (485 U.S. 46, 54) la opinión de un caricaturista que expresó la naturaleza de su arte diciendo que la caricatura política es un arma de ataque, de mofa, ridículo y sátira; es menos efectiva cuando trata de congratular a algún político. También sostuvo que es usualmente tan bienvenida como el aguijón de una abeja y es siempre controversial en algún ámbito (Caso Arte Radiotelevisión Argentino S.A y Mauricio Borestein. Fallo CSJN).

Posteriormente, el mismo tribunal señaló que a pesar de su naturaleza algunas veces cáustica, desde las tempranas caricaturas que retrataban a George Washington como un asno, hasta los presentes días, las representaciones gráficas y las caricaturas satíricas han jugado un rol prominente en el debate público y político. Desde el punto de vista de la historia es claro que nuestro discurso político habría sido considerablemente más pobre sin ellas. Que también en Francia se ha puntualizado que la caricatura participa siempre del espíritu de denigración y ofrece de la persona representada una imagen deformada que generalmente no le es favorable (Auvret, 1994, p. 191). El Tribunal de Gran Instancia de París reconoció que la caricatura es una manifestación de la libertad crítica y autoriza a un autor a forzar los rasgos y a alterar la personalidad de aquel que representa (T.G.I.París, 17/09/1984).

Petracchi concluye diciendo que lo expuesto es suficiente para demostrar la cautela con que es preciso juzgar las opiniones críticas, pues la tutela constitucional de que éstas gozan, en su carácter de expresión libre, no se pierde por su animosidad, acritud o injusticia, sino tan solo por la presencia de un criterio sin justificativo. Como nadie sostiene que esto último haya acaecido en el sub examine, no cabe sino acoger los recursos y revocar la sentencia apelada. Si ésta subsistiera se consagraría la indebida restricción a una libertad medular en una república democrática: en este régimen lo decisivo es que -tratándose de determinados temas y personas- todas las expresiones se difundan, lo que no sucedería si debiera

atenderse prioritariamente a las exigencias de quienes -con exacerbada susceptibilidad y, a veces, con falta de sentido del humor- se sienten afectados por ellas (Caso Arte Radiotelevisión Argentino S.A y Mauricio Borestein. Fallo CSJN).

11. Conclusión

Mediante estos ejemplos puede apreciarse como, a lo largo de la historia, el derecho, a través de normas jurídicas o sentencias judiciales, ha establecido diversas limitaciones a la exposición o difusión de diferentes manifestaciones artísticas.

Nos preguntamos en la introducción si se trataba, en todos los casos, de condenables actos de barbarie e intolerancia, o si, por el contrario, existieron razones que justificaron tales medidas. La respuesta a tales interrogantes requiere la adopción de una postura filosófica, dado que existe una amplia gama ideológica, que va de una posición libertaria, que solo admite una limitadísima y excepcional intervención estatal, hasta posturas decididamente conservadoras y perfeccionistas, justificadoras de un amplio repertorio de restricciones legales al arte.

Al respecto, y partiendo de una concepción de democracia abierta, coincidimos con la posición libertaria en esta materia, justificando solo en casos excepcionales y extraordinarios la imposición de ciertas limitaciones a las expresiones artísticas.

En relación a los casos registrados en nuestro país, consideramos irrazonables las restricciones impuestas a la obra de León Ferrari, a las películas *La Última Tentación de Cristo* y *El Silencio*, a la obra de teatro *La Tertulia* y al programa humorístico de Tato Borestein. Por el contrario, coincidimos con los fallos judiciales que rechazaron las querrelas presentadas contra Charly García, por su versión del Himno Nacional y contra la fotógrafa Annemarie Heinrich, por sus obras que exhiben desnudos. Desde luego, también nos parece absolutamente objetable el Decreto Ley

4161/56, que condena diferentes expresiones artístico-políticas. En suma, creemos que todos estos casos constituyen ejemplos de inadmisibles actos de censura.

Ahora bien, ¿esto significa que nunca debe censurarse una obra de arte? Nuestra respuesta es contundente. Nunca debe censurarse una obra de arte. La censura previa está prohibida por nuestra legislación, por lo cual todo acto jurídico que impida la difusión de una expresión artística resulta inconstitucional.

No obstante, cabe preguntarse si, una vez expuesta una obra de arte, ésta puede recibir algún tipo de reproche legal. Nuestra respuesta acá es menos contundente. Pueden existir circunstancias excepcionales que puedan justificar cierta intervención por parte del derecho.

Por caso, encontramos razonable el fallo de Cámara en el caso León Ferrari, que levantó la censura impuesta a la muestra por el juzgado de primera instancia, pero dispuso que las obras supuestamente ofensivas se exhiban en una sala especial, con una advertencia en la entrada. Creemos que, de este modo, se concilia la libertad de expresión y la protección de cierta esfera de convicciones religiosas.

También pueden encontrarse justificaciones a las medidas jurídicas que condenan las expresiones artísticas que lesionan los derechos de los animales, al ocasionarles sufrimientos innecesarios. Por último, la protección a los menores puede justificar ciertas limitaciones a la difusión de expresiones artísticas que se emiten por televisión, dentro del horario de protección al menor.

Salvo estos casos excepcionales, la más amplia libertad de expresión debe imperar en el terreno artístico. Pues, como se ha dicho, el arte puede ser bueno o malo; pero si carece de libertad, será necesariamente malo.

El arte y la libertad son dos elementos inseparables. Así como no es lógico pretender gozar de los beneficios de la libertad sin estar dispuestos a soportar los costos de esa libertad; no es posible disfrutar del arte sin aceptar la inquietud que el arte nos provoca. El arte nos interpela, nos desafía.

Tal vez tenga razón el pintor francés Georges Braque (s.f.), cuando nos recordó que “El arte está hecho para perturbar, la ciencia para tranquilizar” (p. 4)

12. Bibliografía y fuentes de información

12. 1 Bibliografía

Bidart Campos, G. (1978). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar.

Galiani, J. *Lo dijeron los artistas*. Recuperado de <http://lillogaliani.com/author/admin/page/4/>

Lewis, A. (2000). *Ninguna Ley - El caso Sullivan y la Primera Enmienda*. Miami. Florida: Sociedad Interamericana de Prensa, Colección Chapultepec.

MacKinnon, C. (1995). *The New York Magazine*. New York: s.n.

Nagel, T. (1996). *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*. Barcelona: Paidós.

Nozick, R. (1998). *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.

Nozick, R. (2012). *¿Tenemos derecho a la pornografía? Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Rivera, J. (2009). *La Libertad de expresión y las expresiones de odio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sandell, M. (2010). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.

Sanford, B. (s.f.). *Panorama de la difamación desde la Edad Media hasta la Era de la Información*. Nueva York: Aspen Law & Business División de Aspen Publishers, Inc. Nueva York Gaihersburg.

Yoshino, K. (2006). La ciudad y el poeta. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 7(2), 12-20.

12.2 Fuentes de información

Caso Annemarie Heinrich. Fallo Juzgado Correccional Ciudad Autónoma de Buenos Aires. CABA.1991.

Caso Arias e/ Imagen Satelital Canal Space. Fallo Primera Instancia Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Caso Arte Radiotelevisión Argentino S.A y Mauricio Borestein. Fallo CSJN.

Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Caso Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

Caso Charly García. Fallo Juzgado Primera Instancia Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Caso El Silencio. Cámara Nacional Criminal de la Capital Federal. Sala 5º. 23/12/1964.

Caso El Silencio. Cámara Nacional Criminal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala 5º. 23/12/1964.

Caso El Silencio. Juzgado de Primera Instancia Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. CIDH. Considerando 64-05/02/2001.

Caso Tertulia. Fallo Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85.

s/ procesos incidentales, Juzgado de Primera Instancia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Diciembre de 2004

s/ procesos incidentales. Dictamen Procuradora Ciudad Autónoma de Buenos Aires.