

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 94, 2015

VALICENTI, Ezequiel Andrés, "La libertad de expresión artística como derecho fundamental", pp. 133-164

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

EZEQUIEL ANDRÉS VALICENTI\*

*A la memoria de L. Iván Ahets Etcheberry.*

**Resumen:** El trabajo aborda el concepto y la estructura de los derechos fundamentales, de acuerdo a los desarrollos de Robert Alexy. Se intenta demostrar la utilidad de esta teoría para descubrir los contornos de cada uno de los derechos fundamentales en particular. En particular, el trabajo pretende responder el interrogante acerca de si cabe tutelar de manera especial la libertad de expresión cuando lo expresado constituye una manifestación artística. A partir de normas fundamentales y antecedentes jurisprudenciales, se identifican razones iusfundamentales de justificación que permiten sostener la existencia un derecho a la libertad de expresión artística. Posteriormente se analiza su tutela jurídica, la que no se abasteca con la sola abstención de injerencia del por parte del Estado, sino que requiere además concretos derechos prestaciones.

**Palabras claves:** teoría de los derechos fundamentales – libertad de expresión artística – derechos culturales – derecho y arte.

**Abstract:** The paper deals with the concept and structure of constitutional rights, according to the developments of Robert Alexy. It tries to demonstrate the usefulness of this theory to explore the contours of each of the constitutional rights. Specifically, the work seeks to answer the question about if should protect specially freedom of speech when the expressed is an artistic expression. From the constitutional rules and court precedents, identifies iusfundamentals reason which allowing upholds the existence of a right of artistic speech. Later his juridical protection is analyzed, which is not satisfy

\* Recepción del original: 7/3/2015. Aceptación: 18/5/2015.

*A la memoria de L. Iván Ahets Etcheberry.*

\*\* Becario doctoral del CONICET y alumno del Doctorado de la Facultad de Derecho (UBA).

whit the alone abstention to interference by the state, and requires further specific rights provision.

**Key words:** theory of constitutional rights – freedom artistic speech – cultural rights – law and art.

## I. INTRODUCCIÓN

Al cumplirse 30 años de la aparición en su lengua original y más de 20 de la primera edición en español, la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy ha provocado un gran impacto en la discusión acerca de los derechos fundamentales. Especial importancia ha tenido su “teoría de los principios” y sus construcciones en torno a la *ponderación* –conceptos revisados y “ampliados” en el célebre “Epílogo” realizado por el autor en el año 2002–, sobre la que largamente se ha discutido en la literatura jurídica.<sup>1</sup>

El presente trabajo abarcará el concepto de *derecho fundamental* que propone el autor alemán, sus clases y su estructura. En particular, se intentará demostrar la utilidad e importancia de dichas ideas, no solo para lograr un acercamiento a las cuestiones vinculadas a la existencia y extensión de los derechos fundamentales con auténtico rigor científico, sino también como construcción que permite indagar y descubrir los concretos contornos de cada uno de los derechos fundamentales en particular.

En concreto, se abordará la *libertad de expresión artística* en el derecho argentino, para lo cual –siguiendo los conceptos y enseñanzas de Alexy– se intentará *justificar* la existencia de dicha libertad y, posteriormente, abordar su *protección*. Es decir, partimos del interrogante: ¿es posible postular una norma según la cual la libertad de expresión artística se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales previstos en el ordenamiento jurídico argentino? Y si ello fuera así, ¿de qué manera se encuentra *protegida*?

1. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª ed, trad. Carlos Bernal Pullido). En esta obra se encuentra además, el mencionado *Epílogo* del mismo autor. Ver asimismo, ALEXY, R., “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 32, Alicante, Universidad de Alicante, 2009, pp. 67-84.

## II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Antes de ingresar en el análisis de los interrogantes planteados, conviene repasar ciertos conceptos fundamentales vinculados, en primer lugar, al *concepto* y la *estructura* de los derechos fundamentales según postula Alexy y, por otra parte, a los perfiles dogmáticos que caracterizan la *libertad de expresión*, sobre lo que luego habremos de preguntarnos si la libertad de expresión artística es una especie dentro del género.

### II.A. Los derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy

En términos generales, la postulación de derechos fundamentales atiende a la positivización de los derechos humanos.<sup>2</sup> Con mayor precisión metodológica, se denomina "derechos fundamentales" al conjunto de *normas* expresadas mediante *disposiciones de derecho fundamental*. Dichas disposiciones se constituyen de los *enunciados* contenidos en el texto de la Constitución –o, como luego veremos, en los textos que integran el llamado *bloque de constitucionalidad*– que establecen, justamente, los derechos fundamentales.<sup>3</sup> Es decir, las *normas* de derecho fundamental –expresadas en una *proposición* que indican que algo está *prohibido*, *ordenado* o *permitido*– se derivan *directamente* de los enunciados contenidos expresamente en la Constitución –es decir, de las llamadas *disposiciones de derecho fundamental*–.

Lo dicho basta para sugerir ya dos interrogantes. El primero de ellos, refiere a cómo identificar en la Constitución argentina las mentadas disposiciones de derecho fundamental; el otro finca en determinar si únicamente pueden concebirse normas de derecho fundamental que se derivan *expresamente* del texto constitucional –o, si se sigue la idea que luego desarrollaremos, de los textos que integran el *bloque de constitucionalidad*, compuesto por los textos de la Constitución Nacional (CN) y los tratados con jerarquía constitucional–, o si pueden también *adscribirse* otras normas de igual tenor.

2. "Los derechos fundamentales son derechos que han sido recogidos en una constitución con el propósito de positivizar los derechos humanos. Los derechos humanos son derechos morales de índole universal, fundamental, abstracta y prioritaria" (ALEXY, R., "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", cit.).

3. La distinción entre *enunciado normativo* y *norma* es ampliamente difundida y constituye una de las bases sobre el que se estructura el desarrolla de la teoría de Alexy (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 33 y ss.).

Respecto al primero de los interrogantes, el propio Alexy indica que es posible recurrir a tres criterios para identificar las disposiciones de derecho fundamental en el texto constitucional: el criterio *material*, el *estructural* y el *formal*. Sin embargo, a la postre, el profesor alemán acaba indicando cuáles son concretamente dichas normas en la Ley Fundamental alemana, por lo que sus conclusiones no pueden trasladarse sin más a nuestro ordenamiento jurídico nacional.<sup>4</sup>

Con todo, siguiendo estas ideas y sin ingresar en el debate que suponen, probablemente el lector comparta que las disposiciones contenidas en los capítulos primero y segundo de la primera parte de la Constitución Nacional (arts. 1 a 43) constituyen *disposiciones de derecho fundamental*, pues ellas contienen *normas de derecho fundamental*. A ello podría agregarse ciertas disposiciones de la segunda parte, por caso, varios incisos del reformado art. 75 –como los incs. 17, 19 y 22–. Como fuere, no nos interesa aquí dar el catálogo definitivo de *disposiciones de derecho fundamental* contenidas en el texto constitucional, sino tan solo referir preliminarmente a la cuestión de su identificación. Volveremos sobre el punto únicamente a los efectos de constatar la existencia de al menos una disposición de derecho fundamental que eventualmente contenga una norma de derecho fundamental referida a la libertad de expresión artística.

No obstante –y previo a pasar al segundo de los interrogantes–, es este el espacio para plantear la vinculación entre el extendido concepto de “bloque de constitucionalidad” y las *normas de derecho fundamental*. En particular, nos preguntamos: ¿las disposiciones de derecho fundamental deben buscarse únicamente en el texto de la Constitución Nacional o, producida la reforma del año 1994, es posible identificar *también* disposiciones de esa naturaleza en los tratados con jerarquía constitucional que integran el llamado *bloque de constitucionalidad*? El interrogante equivale a preguntarse si es posible *adscribir* normas de derecho fundamental a los tratados de derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22 de la CN –o los posteriormente incorporados mediante el mecanismo legislativo allí previsto–.

La noción de *bloque de constitucionalidad* fue desarrollada por autores como Bidart Campos, aunque, como el mismo autor reconoce, tiene un frondoso y previo desarrollo en el derecho comparado. De acuerdo al autor, el bloque de constitucionalidad se conforma de “*un conjunto normativo*

4. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 48. El autor parece finalmente inclinarse por el criterio *formal*.

que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita".<sup>5</sup> Más allá de esta versión amplia del concepto –que permite incluir tratados internacionales, costumbre e incluso decisiones jurisdiccionales–,<sup>6</sup> lo cierto es que *en sentido estricto*, el bloque de constitucionalidad se compone de la Constitución Nacional más los tratados enumerados en su art. 75 inc. 22 que, de acuerdo a este mismo artículo, "*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*".<sup>7</sup>

En definitiva, aún cuando debe compartirse la opinión de quienes sostienen que el mecanismo previsto en el art. 75 inc. 22 de la CN no supone la incorporación de los instrumentos internacionales a la Constitución,<sup>8</sup> sino que simplemente basta con sostener su jerarquía constitucional, lo cierto es que ello no excluye la posibilidad de sustentar válidamente la siguiente afirmación: a los efectos de determinar la *existencia* (adscripción) de una norma de derecho fundamental deben tenerse en cuenta, además de las *disposiciones de derecho fundamental* contenidas en la CN, las disposiciones de igual naturaleza contenidas en los tratados internacionales con la mencionada jerarquía.

La dificultad *práctica* para determinar concretamente cuáles son *disposiciones de derecho fundamental* y cuáles no –dificultad que no desconocemos– no parece ser razón suficiente para invalidar tal conclusión. Después de todo, el llamado a que los jueces realicen un *control de convencionalidad* cada vez que se involucre un derecho fundamental, parece ser una prueba de que es válido adscribir normas de derecho fundamental a los referidos tratados que son válidas para el ordenamiento jurídico argentino.<sup>9</sup>

5. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. 1, p. 9

6. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución...*, cit, p. 9

7. Ha sido amplio el debate en la doctrina respecto al sentido de dicha cláusula, discusión que ha sido encausada hacia una resolución a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJN). Es frondosa la literatura al respecto.

8. SABSAY, D. A., "El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2013-B, p. 944.

9. En un artículo reciente, Gutiérrez Posse ha reafirmado que "*si el tratado es complementario de los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional y si su contenido no deroga artículo alguno de la primera parte, ha de corresponder, en última instancia, a la*

Ahora bien, como ya adelantamos, es posible derivar *directamente* normas de derecho fundamental de las referidas disposiciones de derecho fundamental. El interrogante es si puede haber normas derivadas *indirectamente*, o al decir de Alexy, simplemente *adscriptas* a una disposición de derecho fundamental.

La respuesta es afirmativa: es posible adscribir normas *válidas*, para lo cual habrá de exigirse una *relación de fundamentación iusfundamentalmente correcta*.<sup>10</sup> La fuerza expansiva de este criterio hace que incluso se diluya la necesidad de mantener viva la diferencia entre normas *directamente* estatuidas y normas *adscriptas*, pues en última instancia, la *validez* de cualquier norma que se postule dependerá de la *argumentación* ("de derecho fundamental") que pueda aducirse a su favor. Cuando se trate de una norma directamente estatuida bastará, en principio, con hacer referencia al texto de la Constitución para abastecer tal *fundamentación iusfundamentalmente correcta*; el mayor esfuerzo argumental pesará, en cambio, sobre las que se adscriban indirectamente.<sup>11</sup>

Llegado a este punto, es posible avanzar sobre la *estructura* que tienen las normas de derecho fundamental. Alexy sostiene que las normas que acuerdan derechos fundamentales pueden adoptar la forma de *principios* –según su clásica definición como *mandatos de optimización* que ordenan que algo sea realizado en la *mayor medida posible* dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas–, o de *reglas* –mandatos definitivos sobre las que únicamente es posible predicar su cumplimiento o su no cumplimiento–. De esta manera, los principios acuerdan mandatos *prima facie* –contienen derechos *prima facie*–, que podrían ser desplazados en determinados casos en concreto;<sup>12</sup> las normas, en cambio, exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, se prohíbe o se permite, razón por la cual contienen una precisa indicación del ámbito fáctico y jurídico al que se aplican.<sup>13</sup>

En lo que aquí interesa, es posible vincular lo dicho a la tesis según

Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ejercicio del control de constitucionalidad que le corresponde" (GUTIÉRREZ POSSE, H., "Los tratados internacionales y el derecho interno", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 17/06/14).

10. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 52.

11. Por todo lo dicho, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 55.

12. La aplicación de los principios se produce mediante *ponderación*.

13. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 79. La aplicación de normas se realiza como una *subsunción*.

la cual, principios y normas se diferencian también en cuanto a que son *razones* de tipo diferente. Así los principios constituyen razones *prima facie* para la adscripción de normas que contienen derechos –también *prima facie*–, mientras que las reglas pueden concebirse como razones *definitivas* que, frente a un caso concreto, acuerdan un derecho igualmente *definitivo*.<sup>14</sup>

En definitiva, y esto no es ninguna novedad, la teoría alexyana deriva la *racionalidad* del sistema de un *procedimiento de argumentación*, conformado por determinadas reglas generales que aseguran, justamente, la racionalidad del sistema<sup>15</sup>, y por ende, su validez metodológica.<sup>16</sup>

En apenas algunas carillas no podemos más que acercarnos preliminarmente a tan basta teoría, lo que de ninguna manera abastece el más mínimo resumen posible. En la segunda parte de este trabajo podremos hacer alusión a las *clases* y la *estructura interna* de los derechos fundamentales; baste lo hasta aquí dicho para pasar al desarrollo general del tema propuesto.

## II.B. La libertad de expresión como derecho fundamental

Aunque hoy se sostiene que la libertad de expresión tiene un doble perfil individual y social,<sup>17</sup> su tutela asume una larga tradición en el libe-

14. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 82/83.

15. Reglas como la no contradicción, la universalidad, la consideración de consecuencias, la ponderación, etc. Conf. ALEXY, R., "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", cit., pto. 1.2.1.

16. Conf. BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 30, Alicante, Universidad de Alicante, 2007, p. 273 y ss., pto. 3.1. Sostiene Alexy: "La estructura argumentativa que los derechos *prima facie* implican, es racional, porque es racional practicar las fundamentaciones jurídicas como un juego de razones a favor y en contra" (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 458).

17. CSJN, "Grupo Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/acción meramente declarativa", del 29/10/2013 (La Ley 2013-F, 36): "Esa libertad [de expresión] comprende tanto el derecho de cada individuo a expresar su pensamiento y a difundirlo a través de cualquier medio apropiado, como el derecho colectivo a recibir todo tipo de información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 30)". Un reciente resumen de las diferentes tesis y posturas puede verse en Laplacette, C. J., "Libertad de expresión ¿derecho individual o colectivo?", en *La Ley-Suplemento Constitucional*, Buenos Aires, la Ley, agosto de 2014, p. 17 y ss.



ralismo que inspira y forma nuestro sistema constitucional. De allí que en el art. 14 de la CN –que enumera un generoso plexo de derechos individuales– se incluya el enunciado según el cual todos los habitantes de la nación gozan del derecho “*de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa*”. Este es la principal *disposición de derecho fundamental* que tiene el texto constitucional sobre la libertad de expresión –además de la distribución de competencias establecida en el art. 32–.

Es decir, aplicando los conceptos que repasáramos precedentemente, podemos ver que la CN contiene el siguiente enunciado (disposición de derecho fundamental): *Todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas en la prensa sin censura previa*.

A esta disposición podemos *adscribir directamente* al menos dos *normas* de derecho fundamental, formuladas con relación al rol del Estado.

- a) *Está prohibido que el Estado interfiera en la publicación de ideas en la prensa.*
- b) *Está prohibido que el Estado censure previamente una publicación de ideas efectuada en la prensa.*

De esta manera, la norma *a)* tiene una formulación como *principio*, es decir, es un *mandato de optimización* que concede un derecho *prima facie* para el sujeto –publicar sus ideas en la prensa–,<sup>18</sup> que no obstante puede ser desplazado frente a determinados conflictos –en rigor, *colisiones*– que requieran una *intervención* del Estado sobre dicha libertad –por ejemplo, frente a derechos de terceras personas o frente a determinados bienes colectivos–. En otros términos, el Estado debe abstenerse *en la mayor medida posible* de interferir en la publicación de ideas en los medios de prensa, salvo cuando –como resultado de una *ponderación*– se acuerde una *intervención*, por ejemplo, mediante una sentencia condenatoria que ordene pagar daños.

Por otra parte, la hipótesis *b)* parece adoptar una formulación más cercana a la *regla*, pues su mandato es definitivo: es decir, el Estado tiene *prohibido* realizar cualquier acción que constituya una *censura previa*, cuando se trate del caso de una *expresión de ideas* y ella se haga en la *prensa*.<sup>19</sup>

18. Según la interpretación histórica, atiende a los medios gráficos de aparición periódica, diarios y revistas.

19. Esta es la hipótesis sostenida por cierta doctrina que concluye que la protección del art.14 –y en particular la veda de censura previa– únicamente se acuerda a la *libertad de prensa*, es decir a los medios de información gráficos y periódicos, de modo que para prote-



Sin embargo, también puede acordarse una formulación como principio, y de esta manera, de acuerdo a la interpretación constitucional hoy vigente, se pueden incorporar otros *medios* por los cuales se expresen opiniones, más allá de los medios de prensa, como las producidas en la televisión, el cine e inclusive internet.<sup>20</sup> Entonces, el *principio* referido a la veda de censura previa que se adscribe a la disposición del art. 14 podría tener la siguiente formulación:

c) *Está prohibido que el Estado censure previamente una expresión de ideas...*

Con ello, se establece el *mandato de optimización* que exige cumplir con la directiva del principio en la *mayor medida posible* y a resolver las eventuales colisiones mediante una *ponderación* de principios contrapuestos.

Es claro que los principios postulados requieren un mayor grado de precisión pues, como reiteradamente se ha sostenido, la libertad de expresión no concede derechos absolutos y debe ser compatibilizada con los derechos fundamentales del resto de los habitantes y con ciertos bienes colectivos. Por ello, a los principios así formulados deberían adicionársele ciertas *cláusulas restrictivas*. Sin embargo, tratar las restricciones –y su formulación en *normas de derecho fundamental*– es asunto que demandaría una larga extensión. Renunciamos aquí a ello.

Lo interesante, para postular la libertad de expresión artística, es retomar la distinción señalada entre libertad de expresión y libertad de prensa,<sup>21</sup> muchas veces tratados como sinónimos en la literatura y en la jurisprudencia argentina.

Existe entre ambas una relación de *genero-especie*. Con ello anticipamos, en gran medida, lo que luego hemos de sostener: en estrictos términos analíticos, el texto de la Constitución Nacional refiere en modo expreso

---

ger cualquier otro *medio* de expresión (por ej. los *medios cinematográficos*, según veremos) se requiere una *modificación* del mentado art. 14. Así, por ej. PELLET LASTRA, A., *La libertad de expresión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993 (2º ed. actualizada y ampliada), p. 64; igualmente la primera opinión de Bidart Campos en su *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1986, t. 1, p. 270. Esta postura es hoy claramente minoritaria.

20. Conf. BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 462 y ss.

21. LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Alfa, 1956, t. 3, p. 605.

*únicamente* a la libertad de prensa –es decir, la libertad de publicar ideas en la prensa–; la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental se logra únicamente *adscribiendo* a la disposición del art. 14 una norma según la cual la libertad de expresión constituye un derecho fundamental protegido. Es decir, los términos de la teoría alexyana ponen orden al debate y otorgan rigor conceptual a las expresiones: el derecho a la libertad de expresión se logra solo mediante una *iusfundamentación adecuada* que permita la *adscripción* de una norma de derecho fundamental que lo contemple en el catálogo de *derechos fundamentales*.

Con ello no hemos dicho nada nuevo; nadie podría discutir que la libertad de expresión no se encuentra protegida en el ordenamiento jurídico argentino con carácter de derecho fundamental. Largos años de evolución jurisprudencial en los fallos de la CSJN son el *fundamento* adecuado para sostener dicha tesis.<sup>22</sup> Sin embargo, hemos querido así presentarlo pues es de este modo que podremos afirmar que *también* existe una norma de derecho fundamental que protege la *libertad de expresión artística*.

Antes de pasar a ello, una última adición a lo dicho. Más allá de lo referido respecto del art. 14 de la CN, y su limitación o extensión a los *medios* tutelados diferentes a la *prensa*, lo cierto es que el panorama se aclara y el debate se diluye frente a la incorporación de ciertos tratados internacionales con jerarquía constitucional, conformando como dijimos el *bloque de constitucionalidad*.

De esta manera, si es posible también adscribir normas de derecho fundamental a los textos normativos de dichos tratados, entonces debemos tener en cuenta los que se refieren a la libertad de expresión. De esta manera se encuentra, entre otras, la disposición establecida por el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH).<sup>23</sup>

22. FAYT, C. S., *La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

23. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 13.1: "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". Argentina

Con lo que, a partir de la extensión provocada por la última reforma constitucional, es posible concluir que existen *razones iusfundamentales* para sostener la existencia de una norma que protege la libertad de expresión en su sentido más amplio.<sup>24</sup>

### III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL (PRIMERA PARTE)

En primer lugar, tendremos que decir qué entendemos por *libertad de expresión artística*.<sup>25</sup> Sin dudas el concepto participa de libertad de expresión en general, pero se diferencia en cuanto al *modo* en que se expresa el *pensamiento*,<sup>26</sup> lo que ocurre mediante una *manifestación artística*.

Es decir, la manifestación no es *artística* por referencia al sujeto –de acuerdo a lo cual quien se expresa debe ser artista–, sino por referencia al objeto –a lo que se dice y *como* se lo dice–. De esta manera, quedan cubiertas las más variadas expresiones que reconozcan la cualidad de arte –en

---

ratificó la Convención en 1984 (ley 23.054, hoy ley H-1409 según el nuevo Digesto Jurídico Argentino).

24. Entre los muchos precedentes, recientemente la CSJN ha dicho: “*El derecho humano a la libertad de expresión está consagrado en la Constitución Nacional (artículos 14 y 32) y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 13 de la Convención Americana; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)*” (CSJN, “*Grupo Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/acción meramente declarativa*”, cit.)

25. En ocasiones se refiere a la “*libertad de creación artística*” (Conf. Rogel Vide, C., “Libertad de creación y derecho de autor”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 20/02/14, p.1). Creemos que resulta más adecuado hablar de libertad de expresión que de libertad de creación, pues pareciera que el *crear* se agota en el acto de mismo de producir, de dar nacimiento a la obra, y con ello se desentiende del “manifestar”, es decir el comunicar lo que mediante la obra se quiso decir, que es la esencia del arte y conjuntamente la razón de ser de la tutela jurídica a la libertad de expresión: permitir no solo pensar algo, sino también comunicarlo sin problemas.

26. “*El pensamiento es la actividad intelectual del ser humano consistente en el ejercicio de la facultad del espíritu que le permite concebir, percibir, razonar, deducir o inferir conclusiones para arribar, conciente o inconscientemente, al conocimiento de un objeto material o inmaterial determinado (...) Las opiniones consisten en conceptos que, eventualmente, pueden alcanzar la categoría de juicios. Su expresión puede ser verbal, escrita o simbólica, y también mediante las actitudes (...)*” (BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit. p. 445/446).

sentido genérico—: literatura, música, danza, artes visuales, cine, teatro, arquitectura, etc. Abarca además cualquier manera de expresarse: mediante la palabra, mediante imágenes, mediante sonidos, e inclusive, mediante meros gestos.<sup>27</sup>

Ahora bien, la pretensión de adscribir una norma de derecho fundamental referida específicamente a la libertad de expresión artística, no puede tener como fin una mera disquisición teórica reducida a lo conceptual. Por el contrario, como vamos a proponer, concluir en la existencia del amparo a tal libertad tiene como fin acordar una protección *diferenciada*, con un *plus* a la tutela que, de corriente, tiene cualquier manifestación de opinión.

Es decir, así como la libertad de prensa y las opiniones periodísticas tienen una protección específica —dada por institutos y reglas particulares, como por ejemplo la llamada “doctrina de la real malicia”—, pensamos que también las expresiones artísticas deben contar, en cuanto a la libertad de expresión, con una protección dotada de un contenido particular.

Así las cosas, debemos en primer término interrogarnos sobre la *existencia* de la norma, y luego entonces podremos abordar su *contenido*. Pues bien: *¿es posible adscribir la norma que protege la libertad de expresión artística?*

Algo ya adelantamos sobre el concepto de adscripción y la posibilidad de incorporar normas fundamentales a determinadas cláusulas constitucionales —disposiciones de derecho fundamental— mediante una adecuada *relación de fundamentación* entre la norma que se propone y la disposición constitucional a la que se la liga. En el caso que tratamos, parecen existir sólidos fundamentos para sostener que las *manifestaciones artísticas* son uno de los tipos de expresiones amparadas por el principio de libertad de expresión —adscripto, según vimos al art. 14 de la CN y al art. 13 de la CADH—. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional ha transitado por esa senda.

Las razones se fueron reconociendo, en primer lugar para la actividad cinematográfica. En el “caso Mallo”, fallado en mayo de 1972, se sostuvo que el cine quedaba amparado por la garantía de la libre expresión de ideas.<sup>28</sup>

27. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la Constitución Reformada*, cit., t. 2, p. 13.

28. “La garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica (arts. 14, 32 y 33, Constitución Nacional; ídem de USA, enmiendas 1ª y 14ª; “Burstyn, Inc. vs. Wilson”, 343 US 495 -1952-

Lo mismo había sido dicho algunos años antes –aunque tangencialmente– respecto de las obras literarias, al decidir acerca de la “moralidad o inmoralidad” del clásico “Lolita” de Vladimir Nabokov.<sup>29</sup> Posteriormente, similares razones fueron sostenidas con relación a las expresiones de arte visual: el “caso Colombres” extendió también la protección de la libertad de expresión a dichas manifestaciones artísticas.<sup>30</sup> Reciente jurisprudencia de los tribunales inferiores convalida la norma propuesta, según la cual, existe una norma de derecho fundamental referida a la *libertad de expresión artística* que se encuentra adscripta a las disposiciones de derecho fundamental.<sup>31</sup>

Incluso en el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó específicamente sobre el punto en el conocido caso “La última tentación de Cristo”, del año 2001. Allí se analizó la decisión de la Corte Suprema de Chile que validó la prohibición de exhibir la obra cinematográfica que llevaba aquel nombre, respecto de lo cual se concluyó que tal proceder resultaba violatorio de la garantía de libertad de expresión referida por el art. 13 de la CADH.<sup>32</sup>

---

)” (CSJN, “*Mallo, Daniel*”, del 10/05/1072, en Fallos 282:392). La tesis fue ratificada por el máximo tribunal, nuevamente con referencia al cine, en el caso “Armando Bresky”, del 1/09/1988 (Fallos 311:1781). Sobre el caso del cine, ver COLAUTTI, C. E., *Libertad de Expresión y Censura Cinematográfica*, Buenos Aires, Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983.

29. “*La Constitución Argentina, así en su letra como en su sentido, edifica un sistema que defiende la libertad creadora del arte con la misma energía que repudia la inmoralidad. Así lo ha consagrado, con variantes, una tradición jurisprudencial (...) cabe, asimismo, recordarlo, la tutela constitucional de la libertad de expresión literaria ha de vincularse con los demás derechos del ordenamiento jurídico vigente (...)*” (CSJN, “*Editorial Sur SRL c/ Municipalidad de la Capital*”, del 27/12/1963, en LL 115, p. 437)

30. “*La garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los arts. 14, 32 Y 33 de la Constitución Nacional, sino que abarca las diversas formas en que estila 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*” (CSJN, “*Ignacio Colombres y otros v. Nación Argentina*”, del 29/06/76, en Fallos 295:215). Paradójicamente la contundencia de estas expresiones luego no se vio reflejada en la decisión del tribunal que acabó convalidando un claro acto de censura efectuada por el poder ejecutivo de facto en el año 1971.

31. **Cam. Contenciosoadm. y Tributario, Sala I**, “*Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires*”, del 27/12/2004, en LL 2005-C, p. 709); **Juz. Nac. Civ. N°89**, “*Dalbón, Gregorio J. c Responsables Crash-Extraños Placeres*”, del 28/11/1996, en LL 1997-B, p. 546.

32. **Corte IDH**, “*Olmedo Bustos y otros c. Chile*”, del 05/02/01 en LL 2001-C, p. 135

En cuanto a la doctrina argentina, como ya mencionáramos, una primera corriente –sostenida sobre todo en las décadas finales del siglo pasado– consideraba que no resultaba justificado extender la protección conferida a la *prensa* en los artículos 14 y 32 de la CN a otras manifestaciones –es decir, no hallaban razones *iusfundamentales* para adscribir la norma del tipo que proponemos–.<sup>33</sup> A partir de la jurisprudencia que citáramos y la incorporación de ciertos instrumentos de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, la doctrina parece hoy acordar la existencia de –cuanto menos– una protección en los términos generales de la libertad de expresión.<sup>34</sup>

Para concluir este desarrollo, parece interesante destacar que existen además otras disposiciones de derecho fundamental a las cuales es posible adscribir el principio que protege la libertad de creación artística, lo que será importante sobre todo para pensar el *modo* en que debe protegerse esta libertad. En este sentido, el art. 75 inc. 19 de la CN establece que corresponde al Congreso la tarea de “*dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales*”. Habrá que preguntarse entonces, si se trata de una mera atribución de competen-

33. PELLET LASTRA, A., *La libertad de expresión*, cit.; BALLESTER, Eliel, *Teoría y cuestiones de la libertad de información*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 52 (citado por BADENI, G., “La libertad de expresión y de conciencia: el caso ‘La última tentación de Cristo’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2001-C, p. 134).

34. BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit. p. 462, quien sostiene que “*no existe en la materia una laguna constitucional. La solución consiste en acudir a la aplicación de las reglas teleológica, práctica, semántica, sistemática y dinámica de interpretación constitucional*”. El constitucionalista Germán Bidart Campos, quien en primer lugar se manifestó por el criterio restrictivo, sostiene que “*cuando encontramos en el texto histórico de la constitución formal las normas sobre libertad de prensa (arts. 14 y 32) y, en cambio, no encontramos expresamente ninguna norma que cubra a la libertad ‘de expresión’ en todas sus formas (incluidas las distintas a la prensa), decimos que respecto a la expresión a través de medios que ‘no son prensa’ hay una carencia histórica de norma, o sea, una laguna en el orden normativo. Esa laguna suscita la integración del orden normativo para llenar el vacío, y tal integración nos remite en primer lugar a la norma análoga (es decir, a la más parecida que hallamos en la constitución, que es la referida a la prensa) y a los valores y principios generales del derecho constitucional*”, explicando además que el cambio de interpretación debió producirse luego de la ratificación argentina de la CADH (1984) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1986) (BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, cit., t. 2, p. 14. En la postura amplia se pronuncia también NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 280.

cias del sistema republicano de gobierno, o si de dicha cláusula pueden derivarse auténticos derechos subjetivos, exigibles judicialmente.<sup>35</sup>

#### IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL (SEGUNDA PARTE)

Ahora bien, si tenemos por *iusfundamentalmente* justificada la existencia de una norma de derecho fundamental de acuerdo a la cual la libertad de expresión artística se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico argentino con la jerarquía de derecho fundamental, entonces podemos preguntarnos cuál es la protección acordada para tal derecho y cuáles son sus particulares exigencias. Es decir, de cuáles *derechos subjetivos* se compone la tutela de este derecho fundamental a expresarse por medio de manifestaciones artísticas.

Para abordar el tema, es necesario referirse a la estructura que tienen los *derechos fundamentales*. Según Alexy, de una norma que acuerda un derecho es posible derivar la *posición jurídica* en la que se encuentra el sujeto titular. Así, de la norma general que acuerda la protección a la libertad de expresión artística, podemos derivar la siguiente norma individual:<sup>36</sup>

*Una persona (S) tiene frente al Estado (E) el derecho de expresar libremente su opinión y pensamiento mediante una manifestación artística.*

De este modo, el sujeto titular (S) se encuentra en una *posición jurídica* en la cual tiene frente al Estado (E) un derecho específico (O) descrito en la norma. De allí que resulta posible enriquecer el concepto que originalmente diéramos de *derechos fundamentales*, y decir que los derechos fundamentales se constituyen de *derechos subjetivos* en tanto *posiciones* y relaciones jurídicas.<sup>37</sup>

35. Más allá de la discusión, la cláusula es también una nueva razón para la adscripción de la norma de derecho fundamental que analizamos. "Asimismo, el art. 75 inc. 19 cuarto párrafo alude a la facultad del congreso para dictar leyes que protejan la libre creación y circulación de las obras del autor; lo que —aparte del consiguiente derecho de propiedad intelectual— significa reconocer la libertad de expresión, y la difusión del producto elaborado por el autor" (BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, cit., t. 2, p. 17).

36. Seguimos en este desarrollo la tesis pronunciada por ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 155 y ss.

37. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 156; BERNAL PULLIDO, C., "Estudio introductorio", en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. XXIX.



La *posición jurídica* puede ser presentada, en la mayoría de los derechos fundamentales, como relaciones jurídicas entre el sujeto titular y el Estado, o entre el sujeto titular y otros individuos, generalmente con una estructura *tríadica* compuesta por un *sujeto activo* (S), un *sujeto pasivo* (E), y un *objeto* determinado (O).

Siguiendo estas ideas, los *derechos fundamentales* presentan una triple división de posiciones posibles: a) el "*derecho a algo*"; b) las libertades; c) las competencias.<sup>38</sup>

En el tema que abordamos, el lector imaginará que nos encontramos frente a una típica *libertad*. Y entonces, podría pensarse que su protección se compone esencialmente de un "dejar hacer", es decir de no interferir en la acción de expresarse libremente por la manifestación artística que el sujeto haya escogido. Desde este punto, la protección de la libertad se abastecería con la sola *abstención* del Estado y, en su caso, de los particulares. Tal es lo que parece surgir de las ideas jurídicas tradicionalmente vinculadas a la libertad de expresión, reflejadas incluso en el art. 14 de la CN y la prohibición de censura previa.<sup>39</sup>

El concepto de libertad es cuestión bien compleja, aunque en el marco de la teoría de los derechos fundamentales, puede distinguirse la posición de libertad jurídica que se encuentra *no protegida* –que consiste simplemente "*en el permiso de hacer algo y en el permiso de omitirlo*" y "*no incluye como tal ningún aseguramiento por medio de normas o derechos que protejan la libertad*"–,<sup>40</sup> y la libertad jurídica *protegida*. El caso que tratamos se cuenta, sin dudas, entre las libertades protegidas.

Ahora bien, es hora de interrogarse en qué consiste dicha protección, y si ella se agota con la abstención de intromisiones por parte del Estado. Adelantamos desde ya la opinión de que, en el caso de la libertad de expresión artística, no solo es posible sostener la insuficiencia de esta postura, sino que además es necesario asegurar determinados derechos *positivos*, prestaciones jurídicas y fácticas en cabeza del Estado, para lograr su auténtica protección.

38. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 163

39. Entre muchas opiniones al respecto, se ha dicho que "*el carácter estratégico de la libertad de prensa solo requiere de normas que impidan las trabas para su manifestación, pero no de cauces prefijados para su desenvolvimiento*" (BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., p. 503)

40. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 199

En este sentido, la protección de una libertad puede presentarse como la conjugación entre cierta *protección negativa* –consistente en los típicos deberes de abstención por parte del Estado, denominados en general “derechos de defensa”– y cierta *protección positiva* –que involucra determinados “derechos prestaciones” con referencia a prestaciones jurídicas y también, en ciertos casos, concretas prestaciones fácticas–.<sup>41</sup> Y de esta manera, hemos dado el salto del terreno de la libertad y la pura abstención a la órbita del “derecho a algo”.

Cuando el “derecho a algo” se enfrenta al Estado puede hablarse de *derechos de defensa* y de *derechos a acciones positivas*. Los primeros involucran derechos a acciones negativas, tales como el “derecho a no impedimento de acciones”, el “derecho a la no afectación de propiedades y situaciones”, y el “derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas”.<sup>42</sup> En cambio, los derechos a acciones positivas son derechos cuyo objeto es que el Estado haga algo concreto, lo puede consistir en “prestaciones normativas”, vinculadas a la creación de normas, o en “prestaciones fácticas”, que incluye acciones materiales del Estado.<sup>43</sup>

A continuación pretendemos analizar este complejo entramado conceptual en relación con la libertad de expresión artística, para de esta manera determinar cuál es el contenido específico que sostiene su especialidad frente a la libertad de expresión en general.

1) *La protección negativa: los “derechos de defensa” frente al Estado.*

En lo general, la *protección negativa* de la libertad jurídica se expresa mediante la *titularidad* de la libertad, adosada de un *derecho* a la no obstaculización por parte del Estado y una *competencia* para exigir judicialmente su respeto frente a cualquier vulneración.

Como ya advertimos, en la relación (jurídica) tríadica que involucran los “derecho a algo” –entre los que se encuentran los *derechos de defensa* exigibles frente al Estado–, la categoría de “sujeto titular” (S) se completa con la fórmula “*todo habitante*” (art. 14, CN), o “*toda persona*” (art. 13.1, CADH). Es decir, la libertad de expresión artística presenta una amplia titularidad.

Ahora bien, en cuanto al “objeto” de la relación que emerge de la *posición jurídica* frente al Estado, cabe analizar cuáles son concretamente los

41. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 200.

42. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 165 y ss.

43. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 171 y ss., y p. 383 y ss.

derechos de defensa que cabe vincular al principio que ordena proteger la libertad de expresión artística.

La prohibición de censura –tradicional deber de abstención en cabeza del Estado– se cuenta entre los “*derechos al no impedimento de acciones*”, de acuerdo al cual el titular puede exigir que el Estado se abstenga de imposibilitar *fáctica* o *jurídicamente* el ejercicio de la libertad, en este caso, la que permite realizar la manifestación de la expresión artística. No es este el espacio para referirnos concretamente a los alcances y las consecuencias provenientes de la prohibición de censura previa, sin perjuicio de lo cual, cabe observar que el pensamiento jurídico la ha llevado hasta límites casi absolutos,<sup>44</sup> reducida únicamente a la específicas hipótesis para la protección de terceros (en particular, los menores y adolescentes, conf. art. 13. 3, CADH).<sup>45</sup>

Más allá del indiscutido deber que tiene el Estado de abstenerse de efectuar cualquier acto que, directa o indirectamente, implique una *censura previa*, desde hace algún tiempo se postula además el adosamiento de otro deber –que también constituye un *derecho de defensa* que el titular de la libertad puede exigir al Estado–. La cuestión se vincula con la *responsabilidad ulterior* a que puede estar sometido quién expresa su pensamiento en caso de, por ejemplo, afectar derechos de terceras personas (los ejemplos más comunes, su honor o su privacidad). En tal sentido, se ha dicho que el Estado debería abstenerse de llevar adelante *condenas judiciales* que impongan responsabilidades a los autores de una manifestación, pues ello podría constituir una *indirecta* limitación de la libre expresión bajo la forma de “autocensura” frente al temor a la eventual condena.<sup>46</sup>

44. Ver, BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., p. 513; LORETI, D. y LOZANO, L., *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 71 y ss.

45. Desde la teoría de los principios, la cuestión jurídica vinculada a la *censura previa*, puede ser analizada como una *colisión de principios*, entre, por ejemplo, el principio que acuerda la libertad de expresión y el que asegura la protección del honor de la persona. En este caso, en el actual pensamiento jurídico, la *ponderación* efectuada por el legislador y por la jurisprudencia, ha dado como origen la posibilidad de sostener una norma según la cual tiene un mayor *peso* el principio de libertad de expresión frente al honor de las personas, y por lo tanto, no es posible *censurar previamente* las manifestaciones aún cuando lesionen el honor de un tercero (Conf., CSJN, “*María Romilda Servini de Cubría*”, del 08/09/92, en Fallos 315:1943).

46. Conf. BERTONI, E. A., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores”, en BERTONI, E. A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2000, p. 27 y ss.

Más aún, tal tesis ha sido sostenida de algún modo por los tribunales argentinos incluso en el caso de la libertad de expresión artística.<sup>47</sup>

En términos generales, la *tipificación* de determinados delitos penales ha sido uno de los mecanismos indirectos de censura y, a la postre, un importante entorpecimiento de la libertad de expresión por parte del Estado. La cuestión también se reduce a una colisión de principios entre la libertad de expresión (artística) y el principio que faculta al Estado a perseguir y reprimir determinadas conductas calificadas como ilícitas, con fundamento en la defensa de ciertos bienes públicos como la seguridad general, el orden, etc.

En este punto, pueden traerse a colación dos comentarios. El primero: en los días que corren existe cierto consenso en que la *ponderación* que habrá de hacerse para la resolución de este tipo de conflictos la libertad de expresión tiene un "peso abstracto" superior al principio democrático que permite al Estado penar ciertas conductas. A tal conclusión puede arribarse con la lectura del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que condenó al Estado argentino a adecuar su legislación referida a los delitos de injurias y calumnias y de este modo cumplir adecuadamente con el principio de libertad de expresión, toda vez que una tipificación genérica podía constituir una restricción emanada del Estado.<sup>48</sup>

Por otra parte, puede pensarse que, más allá de las razones generales expuestas al momento de *ponderar* la aplicación del principio de libertad de expresión, cuando se trata del caso de una manifestación artística, la propia naturaleza y la importancia que las producciones culturales tienen para el desarrollo de una sociedad, impactan directamente en el *peso* de dicho principio. Es decir, existiría un *plus* de importancia por la calidad de "arte" que se produce al expresarse, situación que los operadores jurídicos deberían tener en cuenta. En línea con lo que sostenemos, un reciente estudio sostuvo que la "cumbia villera" no puede implicar la comisión de eventuales delitos penales, como la apología del crimen o la instigación a cometer delitos.<sup>49</sup>

47. Cam. Nac. Civ., Sala A, "*Galeano, Blanca R. c/ Piglia, Ricardo y otro*", del 15/07/03, LL, diario del 28/01/04.

48. CADH, "*Kimel c/ Argentina*", sent. del 02/05/2008, en LL 2008-D, p. 484. Las consideraciones allí vertidas, que involucran la actividad periodística, resultan plenamente aplicables al caso de la libertad de expresión artística.

49. SAGÜES, M. C., *¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

Ahora bien, lo hasta aquí dicho, aún cuando resulta plenamente aplicable al caso de la libertad de expresión artística, emerge de la garantía "general" de libertad de expresión. Sin embargo, creemos que en cuando se trata de manifestaciones artísticas, existen algunas normas *específicas* que indican concretos derechos de defensa frente al Estado.

## 2) *La protección positiva*

La síntesis con la que hemos tratado la *protección negativa*, que obedece al holgado desarrollo que grandes juristas han dado al tema, nos permite referirnos ahora con mayor detenimiento a la *protección positiva* del derecho de libertad de expresión artística y constatar que, a pesar de la tesis contraria y la suposiciones ordinarias, existen concretos *deberes activos* en cabeza del Estado.

La *protección positiva* de los derechos a menudo suele ser asociada con la concesión de determinados beneficios económicos que el Estado otorga a los ciudadanos –subsidios, prestaciones de seguridad social, exenciones impositivas, y un largo etc. –. Sin embargo, lo que el Estado puede *hacer* no se limita únicamente al terreno económico o *fáctico*, sino que también pueden existir concretas *prestaciones normativas*, es decir acciones mediante las cuales se estatuyen normas jurídicas.

Por ello, Alexy sostiene una división tripartita de los *derechos prestacionales* (en sentido amplio) entre: a) *derechos de protección*; b) *derechos a la organización y al procedimiento*; c) *derechos prestacionales en sentido estricto*.<sup>50</sup>

Los derechos prestacionales también pueden entenderse en términos de *posiciones jurídicas* nacidas de relaciones *tríadicas* entre un *sujeto titular*, un destinatario (el Estado) y un objeto (acción positiva debida).

Vamos a enumerar a continuación algunas de las muchas cosas que el Estado puede –y debe– *hacer* con relación a la protección de la libertad de expresión artística.

### a) *Derechos de protección*

En términos de la teoría de los derechos fundamentales, los *derechos de protección* son aquellos que el titular de un derecho fundamental tiene frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros –y ya no, como vimos en el punto anterior, de las propias intervenciones del Estado–.

50. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 393.

De allí que *derechos de defensa* y *derechos de protección* se presenten como similares, pues ambos atienden a la protección del sujeto *frente* a cualquier injerencia ajena. No obstante, existe entre ellos una diferencia basal: mientras los *derechos de defensa* son *prohibiciones* de obstruir o de perjudicar, los *derechos de protección* son auténticos *mandatos* que indican apoyo o protección.<sup>51</sup>

De esta manera, en el caso de los *derechos de protección* el Estado cuenta con cierto “margen de acción” que le permite elegir los *medios* con los que cumplirá sus obligaciones. Ello no es cosa menor, pues se vincula directamente con la debatida posibilidad de reclamar *judicialmente* su cumplimiento –lo que implícitamente supone reconocer un *derecho subjetivo* en cabeza del titular de la libertad– y, en última instancia, la posible injerencia (ilícita) del poder judicial en orbitas que son propias del poder legislativo. El debate, como se avizora, excede las posibilidades de este trabajo.<sup>52</sup> Dejamos pendiente los interrogantes que retomaremos en el punto c) cuanto tratemos los *derechos prestacionales en sentido estricto*.

La adopción de *derechos de protección* es a menudo conflictiva pues, por definición, involucran la *colisión* de principios rivales que amparan derechos del titular de la libertad y, por otra parte, terceras personas.

Retomando el tema en análisis, podemos identificar algunos derechos de protección específicos en el caso de la libertad de expresión artística. Concretamente, ¿qué es lo que puede hacer el Estado para resguardar la libertad de expresión artística frente a terceros? Una cuestión vinculada a la respuesta a este interrogante involucra la pregunta acerca de si la consagración de “*derechos de autor*” es necesaria para asegurar una plena *libertad* al momento de crear una obra artística.

Como audazmente se ha dicho, “*no es lo mismo poder crear libremente que tener un derecho sobre lo creado*”.<sup>53</sup> De manera que la concesión de derechos autorales no constituye en principio uno de los casos

51. ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales de protección”, en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009 (2da edición), p. 54.

52. Ver, ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales de protección”, cit.; GIL DOMINGUEZ, A., *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 150 y ss.

53. Opinión del jurista español Justo Gómez, citado por ROGEL VIDE, C., “Libertad de creación y derecho de autor”, cit.

en que el Estado debe efectuar una *prestación normativa* y sancionar determinadas leyes.<sup>54</sup>

Por el contrario, visto desde el otro extremo, las normas de derecho de autor pueden significar una restricción a la libre manifestación de las expresiones artísticas. Es decir, el *monopolio* de facultades que acuerdan las leyes de propiedad intelectual para quién crea una obra (conf. arts. 1 y 2, ley de propiedad intelectual argentina), puede ingresar en directo conflicto con aquel que quiera expresarse *utilizando* la obra creada y protegida por el derecho de autor.

En nuestro país un caso paradigmático –que recientemente ha generado una nueva resolución judicial– puede ilustrar lo que tratamos de exponer. El escritor argentino Pablo Katchadjian realizó y publicó hace algunos años una singular obra titulada “*El Aleph engordado*”, creada justamente a partir del célebre cuento de Jorge Luis Borges al que le adicionó más de 5.000 palabras y frases. La viuda de Borges y titular de los derechos de autor sobre su obra –María Kodama– querrello al escritor argentino por el delito de plagio y falsificación (tipificados por los arts. 71 y 72 de la ley de propiedad intelectual). He aquí entonces una nueva colisión de principios. En primera instancia se rechazó el procesamiento de Katchadjian, pero la Cámara de Casación Penal en reciente fecha revocó la decisión del tribunal inferior.<sup>55</sup>

Si bien este tipo de conflictos se cuentan entre los próximos desafíos que el Derecho deberá asumir, frente al cambio de contexto provocado por el advenimiento de las nuevas tecnologías de creación y difusión, lo cier-

54. LOVERA PALERMO, D., “El mito de la libertad de expresión” en *Revista de Derecho de Valdivia*, consultado en [[www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf)] el 15/09/14. Ello sin perjuicio de que la tutela de la propiedad intelectual pueda también ser considerada como un derecho fundamental (Conf. GIL DOMINGUEZ, A., “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 27/02/2009).

Desde otro punto de vista se ha señalado que “una manera de silenciar a los artistas es impedir sus opciones de vida como profesionales en una carrera dedicada a las creaciones artísticas” (Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, SHAHEED, F., “*El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*”, 2013, pto. 79, consultado en [<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>] el 17/09/14).

55. Cam. Fed. Casación Penal, “*Katchadjian, Pablo s/recurso de casación*”, del 15/09/14 (inédito). Hemos comentado críticamente la resolución en, “Los usos creativos de obras artísticas y literarias. Tensiones entre el mundo artístico y el mundo jurídico”, consultado en [[www.microjuris.com](http://www.microjuris.com)] el 27/10/14, cita: MJ-DOC-6932-AR | MJD6932.



to es que, a la luz de la importancia que las expresiones artísticas tienen para el desarrollo y la transformación de la cultura, conflictos como el de este tipo exigen claros *derechos de protección* para el sujeto creador. Ello puede lograrse, por ejemplo, incorporando excepciones al actual régimen de derecho de autor, que permita una apertura hacia los “usos creativos” de las obras, hoy limitados por la necesidad de contar con la autorización del titular del derecho, conf. art. 2 y 10 de la ley de propiedad intelectual. Las exigencias y el peso propio de la libertad de expresión artística así lo requieren.<sup>56</sup>

Desde otro punto de vista, también es posible colegir la existencia de otros *derechos de protección* vinculados específicamente al principio de libertad de expresión artística. Se ha destacado la vinculación que la libertad de expresión tiene con la “identidad cultural” propia de cada sociedad. En este marco de ideas, el efectivo ejercicio de la libertad de expresión por medio de manifestaciones culturales supone la necesidad de adoptar conductas *activas* frente al irrestricto ingreso de manifestaciones extranjeras, que circulan dinámica e irrestrictamente por todo el mundo.<sup>57</sup> Veamos, por ejemplo, el caso de las expresiones cinematográficas.

Frente al dominio que en la distribución y difusión tiene el cine de origen norteamericano (“hollywoodense”),<sup>58</sup> el Estado argentino ha planteado tradicionalmente determinados mecanismos de protección de los films de origen nacional. Así lo ha hecho con el mecanismo de la “*cuota de pantalla*”, consistente en la obligación de proyectar una cantidad mínima de

56. Es claro que en la actualidad se encuentra *legitimado* desde el campo artístico la utilización de ciertas *técnicas* artísticas que utilizan obras previas, como la *parodia*, el *ready-made* (en el caso de las artes visuales), el *remix* o el *mashup* (en la música), la *intertextualidad* (en la literatura), entre otros. Ampliamos la discusión de estos temas en “*Todos los derechos reservados. El monopolio de la exclusividad en el derecho de autor*”, consultado en [www.microjuris.com] el 04/12/12, cita: MJ-DOC-6095-AR | MJD6095. Ver además, entre muchos, POSNER, Richard, *El pequeño libro del plagio*, Madrid, El hombre del Tres, 2013; CARLON, M. y SCOLARI, C. (comps.), *Colabor\_arte*, Buenos Aires, La Crujía, 2012; LESSING, L., *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*, Barcelona, Edit. Icaria, 2012.

57. ONAINDIA, J. M., “La libertad de expresión e identidad cultural”, en *La Ley* 2004-E, 1299.

58. Tengamos en cuenta que, aún en el florecimiento vivido en los últimos años, el cine de producción nacional participa únicamente en el 8,5% de la recaudación total por exhibiciones en el país (cifras año 2012, consultado en [http://sinca.cultura.gov.ar/sic/estadisticas/] el 17/09/14)

películas nacionales que abarca a todas las empresas que por cualquier medio o sistema exhiban películas.<sup>59</sup> De otra manera, las películas argentinas liberadas a la pura "libertad de mercado" no encontrarían espacio para exhibirse y comunicarse al público, caso en el que, como vimos, no puede hablarse de una auténtica vigencia de la libertad de expresión.

Se ve claro así que, dentro del "margen de discrecionalidad" que debe tener el Estado para definir los *medios*, lo cierto es que la *protección* de la libertad de expresión artística no se agota con la mera abstención, sino que requiere prestaciones concretas, sean normativas como vimos, sean fácticas, como veremos.

b) *Derechos a la organización y al procedimiento*

Son pocas las particularidades que la libertad que tratamos exige respecto a los derechos a la organización y al procedimiento, en tanto derechos que exigen una conducta activa por parte del Estado. Tal vez baste con recordar la garantía a la *tutela judicial efectiva* de los derechos que ha sostenido reiteradamente la CSJN, de acuerdo a la cual el Estado debe asegurar los procedimientos idóneos que permitan garantizar el acceso a una instancia judicial frente a la vulneración de derechos,<sup>60</sup> lo que además ha sido reforzado con la *constitucionalización* de la acción de amparo (art. 43, CN).

En lo particular, la tutela judicial efectiva importará muchas veces la posibilidad de *revisar judicialmente* determinadas decisiones administrativas que puedan afectar la libre expresión artística, por ejemplo, en los casos en que se produce la eliminación de determinadas obras participantes concursos de artes plásticas<sup>61</sup>; frente a la calificación de las obras cinema-

59. El sistema se halla regulado por el art. 9, ley 17.741 (denominada Ley INCAA), el decreto reglamentario 1405/73 y las resoluciones 2016/04 y 1582/06 del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)

60. Los debates actuales se dirigen a pensar el *tiempo* como factor determinante de la garantía de una tutela judicial efectiva (CSJN, "*Poggio, Oscar Roberto c Estado Nacional*", del 08/11/2011, La Ley 2012-A, 150. Conf., IVANEGA, M., "Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales", en *La Ley* 2013-B, p.989; DIEGUES, J. A., "La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 31/12/12.

61. Tal es lo que aconteció en el caso "Colombres" citado ut supra, en el que el Poder Ejecutivo mediante decreto 5696/71 excluyó la obra presentada por los artistas Ignacio Colombres y Carlos Pereyra que resultara ganadora del II Certamen Nacional de Investigaciones Visuales. No obstante, la Corte consideró que no podía revisar esa decisión por tratarse del ejercicio del "poder de policía".

tográficas instrumentado administrativamente por el INCAA;<sup>62</sup> o ante la limitación a la circulación de obras literarias.<sup>63</sup>

c) *Derechos prestacionales en sentido estricto*

Por último, en la protección activa de las libertades, se encuentran los derechos prestacionales en sentido estricto, o lo que en estos hemisferios se denomina "derechos sociales, económicos y culturales". La libertad de expresión artística tiene una dimensión vinculada directamente a estos conceptos, agrupado bajo el concepto general de "promoción" de las expresiones artísticas. Es que en los tiempos que corren es imprescindible un rol activo por parte el Estado en estos aspectos, asegurando que a la *libertad jurídica* que aparece mencionada en los textos normativos le corresponda una *libertad fáctica*, de acuerdo a la cual existan *reales* posibilidades de ejercer dicha libertad.<sup>64</sup> En otras palabras, el Estado debe proveer los medios materiales que permitan a las personas *expresarse* libremente mediante manifestaciones artísticas.<sup>65</sup>

Entonces diremos que los *derechos prestacionales en sentido estricto* son los derechos individuales que tiene el individuo *a algo* que no puede obtener por sí mismo, o no puede obtenerlo de terceras personas, por no contar con los medios económicos suficientes o por no existir la oferta adecuada.<sup>66</sup>

Como ya adelantáramos, el dilema aquí es si de esta enunciación genérica puede concluirse que existen auténticos *derechos subjetivos* para el sujeto titular –y por lo tanto exigibles judicialmente–, o si se trata de meros

62. COLAUTTI, C. E., *Libertad de Expresión y Censura Cinematográfica*, cit., p. 54 y ss.

63. CSJN, "Editorial Sur SRL c/ Municipalidad de la Capital", del 27/12/1963, cit.

64. Sobre los conceptos de libertad jurídica y libertad fáctica, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 193.

65. De algún modo, esta norma puede adscribirse a las disposiciones contenidas en el art. 75 inc. 19 de la CN, aún cuando ello sea considerado como una mera *facultad* para el Congreso y no un auténtico *deber*. Disposiciones similares, e incluso con un auténtico grado de compromiso jurídico para los Estados suscriptores, pueden hallarse en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece: "1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural (...); 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora".

66. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 443.

deberes generales que tiene el Estado –de lo que tradicionalmente se ha derivado en el carácter *programático* de este tipo de derechos–.

Quienes se oponen a la *subjetivización* de los derechos prestacionales –derechos económicos, sociales y culturales–, alertan además sobre el peligro de una indebida injerencia de los jueces en las órbitas del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. Se dice que, de haber plenos derechos subjetivos, el juez debería atender a las demandas que exigen su cumplimiento, borrando de esta manera el "*margen de apreciación*" que corresponde al Congreso para decidir *cómo* habrá de cumplir con el deber de otorgar el derecho prestacional que se reclama.

Es decir, ¿puede un artista exigir judicialmente la entrega de fondos para poder *desarrollar* en los hechos su libertad de expresión?

Con todo, la conceptualización de los principios como *mandatos* de optimización permite esclarecer el panorama. Así, aún cuando no pueda sostenerse seriamente que el Estado deba cumplir completamente con todas las *prestaciones* a que se halla obligado, lo cierto es que debe hacerlo en términos de *optimización*, es decir en la *mayor medida posible* –dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas–, o, de acuerdo a la fórmula tradicional *positivizada* en el derecho internacional, hasta "*el máximo de los recursos disponibles*" (art. 2.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).<sup>67</sup>

Frente a las posturas críticas que señalan una ilegítima injerencia del poder judicial en los otros poderes, o ven una excesiva constitucionalización de los derechos, Alexy responde analizando los alcances de la *discrecionalidad* (margen de acción) que tradicionalmente fue otorgada al Poder Legislativo. Así, la *discrecionalidad sustantiva* –es decir, aquello que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben, en donde podríamos incluir la ya referida disposición del art. 75 inc. 19, CN– puede desmembrarse en tres tipos de discrecionalidades: a) la discrecionalidad para seleccionar los medios, como vimos al tratar la diferencia entre *derechos de seguridad* y *derechos de protección*; b) discrecionalidad para la fijación de fines; y como colorario de estas dos, c) la discrecionalidad para resolver mediante *ponderación* la eventual colisión entre principios de diferente naturaleza e intensidad.<sup>68</sup>

En lo que aquí interesa, y en lo que hace a las prestaciones vinculadas

67. GIL DOMÍNGUEZ, A., *Constitución socioeconómica y derechos económicos...*, cit., p. 167

68. ALEXY, R., "Sobre los derechos constitucionales de protección", cit. p. 79

a la libertad de expresión artística, deben analizarse los límites de la *discrecionalidad* para seleccionar los *finés* y, en su caso, los *medios* con los que se propenderá al cumplimiento de esos fines. Es claro que, por un lado, la selección de fines debe atender a un nivel *mínimo* que garantice adecuadamente la libertad de expresión; en otras palabras, no puede haber discrecionalidad respecto la decisión de *proteger* o *no proteger*. Luego, la selección de *medios* resulta una cuestión compleja cuya resolución exige la selección de aquellos medios que, de acuerdo a la *ponderación* de principios que se enfrenten, resulten en la *mayor protección* posible.

En términos prácticos, Alexy ensaya una suerte de esquema general construido en torno al concepto y procedimiento de *ponderación*, de acuerdo al cual cuando de prestaciones *fácticas* se trata, deberá lidiarse con la colisión entre diferentes *mandatos de optimización*, es decir de principios, entre los que se cuentan el "principio de libertad fáctica", los principios formales que delimitan la competencia del legislador y el de la división de poderes, y principios materiales referidos a la libertad jurídica de los demás, a otros derechos sociales fundamentales y a bienes colectivos.<sup>69</sup>

En recientes pronunciamientos, aunque con referencia a derechos sociales más sensibles y urgentes, como la cuestión habitacional, la CSJN ha sostenido que los derechos fundamentales consagran obligaciones *de hacer* a cargo del Estado, y que tienen las siguientes características particulares de: a) "*no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*"; b) "*la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado*"; c) dicha obligación de hacer con "*operatividad derivada*", supone que "*están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial*".<sup>70</sup>

De modo que, preliminarmente, puede decirse que la CSJN no ha descartado que, en determinados casos, pueda existir para el ciudadano un auténtico derecho subjetivo.

En el caso específico de la libertad de expresión artística, en ocasiones se ha mencionado la necesidad de que el Estado promueva, con acciones materiales concretas, ciertas "voces" que resultan *críticas* a los postulados vigentes en una sociedad y que por ello usualmente quedarían *calladas* si

69. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 454.

70. CSJN, "Q.C., S. Y. c Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24/04/12, en LL 2012-C, p. 257

son liberadas a libre distribución de medios y oportunidades. Tal es lo que puede deducirse del renombrado "Caso Ferrari", originado a partir de la muestra organizada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en un centro cultural de carácter público, en la cual se exhibió una retrospectiva general de la obra de León Ferrari, en muchas de las cuales cuestiona el rol de la Iglesia Católica.<sup>71</sup>

A estas alturas ya estamos en condiciones de sostener que es un *deber mínimo* del Estado desarrollar programas regulares de promoción de las manifestaciones artísticas, mediante los más variados sistemas de becas, subsidios y cualquier otro derecho prestacional fáctico. Entre las muchas acciones que desarrolla el Estado Nacional, podemos mencionar el sistema de subsidios previstos en el INCAA para el caso de la producción audiovisual,<sup>72</sup> o el sistema de becas y financiaciones del Fondo Nacional de las Artes.<sup>73</sup>

Mayores dificultades provoca la *distribución* de los subsidios, becas o cualquier otra ventaja fáctica acordada por el Estado. Pueden hacerse algunas anotaciones al respecto: en primer lugar, se trata de una *margin de acción* en cuanto a los *medios*; ello hace que, si bien el poder legislativo o el ejecutivo tienen cierto espacio para la discrecionalidad, no puede caer en la *arbitrariedad*, y, además, como ha dicho el máximo tribunal nacional, se encuentran sujetos al control de *razonabilidad* por parte del poder judicial.

Quizás resulte pertinente aplicar *mutatis mutandi* los estándares aplicables a la distribución de la publicidad oficial. En estos casos se concluye que, aún cuando no exista un derecho subjetivo de los medios a recibir publicidad, ella no puede ser asignada de manera arbitraria, pues su distri-

71. Cam. Contencioso Adm. y Tributario, Sala I, "Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires", cit. en donde se dijo que "El Gobierno de la Ciudad debe ajustar su política cultural a lo dispuesto por la Constitución local, que dispone, cfr. art. 32: 'La ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras (...) En la realización de dicha política constitucional debe actuar de forma pluralista, acogiendo la diversidad estética y sin incurrir en discriminación (...) Esto significa que en esa diversidad estética pueda estar legítimamente incluido el arte crítico, provocador o que hiera la sensibilidad de algunas personas'" (Voto Dr. Corti).

72. Es innegable que, dado los altos costos que demanda cualquier producción cinematográfica por mínima que sea, no existiría cine argentino sin la presencia de dichos subsidios (ver ley 17.741; [www.incaa.gov.ar]). Mientras en 1994 solo se estrenaron 8 películas de origen nacional, en 2012 la cifra se sitúa en la cantidad de 136 films ([http://sinca.cultura.gob.ar/sic/estadisticas], consultado el 17/09/14).

73. Conf. dec. ley 12.204; [www.fnartes.gov.ar]. Recientemente se ha creado el Instituto Nacional de la Música (ley 26.801).

bución en forma discriminatoria e irrazonable significa una violación a la libertad de expresión.<sup>74</sup>

Como señala la Relatora especial de los derechos culturales de la ONU, cuestiones como las políticas públicas culturales y la tutela de la libertad de expresión artística, deberían ser desarrolladas bajo un “*principio de pluralismo*” y un “*principio de independencia*”, de acuerdo los cuales debería encomendarse a “*expertos independientes, en particular homólogos, la asignación de los fondos y donaciones por un período de tiempo limitado*”.<sup>75</sup>

En el mismo informe, se pone atención en otras acciones que involucren prestaciones fácticas adecuadas para lograr la *protección positiva* de la libertad de expresión, indicando que “*otra forma de apoyar las artes sin injerirse en los contenidos es mejorar la situación social de los artistas, en particular su seguridad social, algo que, al parecer, es una preocupación ampliamente compartida por ellos*”.<sup>76</sup>

## V. CONCLUSIÓN

De esta manera finalizamos el trabajo, con la pretensión de habernos acercado a la doble meta propuesta: en primer lugar, sostener la utilidad de la teoría de los derechos fundamentales, en la construcción realizada por Robert Alexy, para la *fundamentación* y delimitación de los derechos humanos positivizados como derechos fundamentales; y por otra parte, pensar la libertad de expresión artística como un típico derecho fundamental, amparado por las normas fundamentales y necesitado de específicos mecanismos de protección, que superen la clásica *protección negativa* que se ha exigido al Estado en materia general de libertad de expresión.

En definitiva, se trata de cumplir progresivamente con el *mandato de optimización* que supone el principio de libertad de expresión artística,

74. CSJN, “*Editorial Río Negro SA c Provincia del Neuquén*”, del 05/09/2007, en LL 2007-E, p. 438; “*Editorial Perfil SA y otro c Estado Nacional*”, del 02/03/2011, en LL 2011-B, 243

75. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, SHAHEED, F., “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, cit. pto. 71

76. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, SHAHEED, F., “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, cit. pto. 71 y ss.



procurando la *mayor* de las protecciones y medidas posibles de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Existe un verdadero *tránsito hacia la optimización* del principio, que puede observarse en el corrimiento de los *límites jurídicos* –por ejemplo en cuestiones vinculadas a la censura o a ciertas responsabilidades penales– y, en menor medida, ciertos *límites fácticos* –a partir del progresivo desarrollo de las *políticas culturales*–. Con todo, la libertad de expresión como derecho fundamental exige seguir adelante y atender a los nuevos desafíos que amenazan su plena vigencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- , “Sobre los derechos constitucionales de protección”, en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- , “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, n° 32, 2009.
- BADENI, Gregorio, “La libertad de expresión y de conciencia: el caso ‘La última tentación de Cristo’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2001-C.
- , *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, n° 30, 2007.
- BERTONI, Eduardo A., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores” en BERTONI, Eduardo A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- , *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1986.
- CARLON, Mario y SCOLARI, Carlos (comps.), *Colabor\_arte*, Buenos Aires, La Crujía, 2012.

- COLAUTTI, Carlos E., *Libertad de Expresión y Censura Cinematográfica*, Buenos Aires, Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983.
- DIEGUES, Jorge A., “La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 31/12/12.
- SHAHEED, Farida, “*El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas*”, consultado en [<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rw-main/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>] el 17/09/14.
- FAYT, Carlos S., *La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.
- , “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 27/02/09.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, “Los tratados internacionales y el derecho interno”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 17/06/14.
- IVANEGA, Miriam, “Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2013-B.
- LAPLACETTE, Carlos J., “Libertad de expresión ¿derecho individual o colectivo?”, en *La Ley-Suplemento Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, agosto de 2014.
- LESSING, Lawrance, *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*, Barcelona, Edit. Icaria, 2012.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Alfa, 1956, t. 3.
- LOVERA PALERMO, Domingo, “El mito de la libertad de expresión” en *Revista de Derecho de Valdivia*, consultado en [[www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art07.pdf)] el 15/09/14.
- LORETI, Damián y LOZANO, Luis, *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.
- ONAINDIA, José M., “La libertad de expresión e identidad cultural”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- PELLET LASTRA, Arturo, *La libertad de expresión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

POSNER, Richard, *El pequeño libro del plagio*, Madrid, El hombre del Tres, 2013.

ROGEL VIDE, Carlos, “Libertad de creación y derecho de autor”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, diario del 20/02/14.

SABSAY, Daniel Alberto, “El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2013-B.

SAGÜES, María Candelaria, *¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la “cumbia villera”*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

## ENSAYOS

