

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 74/1 enero-junio 2026

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7412026>

ESTUDIOS

LA LIBERTAD DE CREACIÓN CULTURAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

The Freedom of Cultural Creation as a Fundamental Right

Irene Rufo Rubio

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. España

<https://orcid.org/0009-0000-8879-6477>

<https://doi.org/10.18543/ed.3581>

Fecha de recepción: 19.02.2026

Fecha de aceptación: 18.05.2026

Fecha de publicación en línea: junio 2026

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LA LIBERTAD DE CREACIÓN CULTURAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

The Freedom of Cultural Creation as a Fundamental Right

Irene Rufo Rubio¹

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. España
<https://orcid.org/0009-0000-8879-6477>

<https://doi.org/10.18543/ed.3581>

Fecha de recepción: 19.02.2026

Fecha de aceptación: 18.05.2026

Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

La libertad de creación, reconocida en el artículo 20.1 b) de la Constitución española como un derecho fundamental autónomo que se ejerce a través de la literatura y el arte, no se agota en la protección individual del creador, sino que cumple una función estructural en el aseguramiento de la cultura. Partiendo de dicha premisa, el trabajo analiza la reciente jurisprudencia constitucional, en particular las sentencias dictadas en 2025, con el fin de precisar el alcance de la libertad de expresión literaria y artística a partir del juego entre realidad y ficción que caracteriza a la creación cultural.

Palabras clave

Libertad de creación cultural; cultura; derechos fundamentales; libertad de expresión artística; libertad de expresión literaria; arte; literatura; realidad; ficción.

¹ Email: irene.rufo.rubio@urjc.es

Abstract

Freedom of creation, recognised in Article 20.1(b) of the Spanish Constitution as an autonomous fundamental right exercised through literature and art, is not confined to the individual protection of the creator, but also performs a structural function in safeguarding culture. Building on this premise, the article examines recent constitutional case law, particularly the judgments delivered in 2025, in order to delineate the scope of literary and artistic freedom of expression through the interplay between reality and fiction that characterises cultural creation.

Keywords

Freedom of cultural creation; culture; fundamental rights; freedom of artistic expression; freedom of literary expression; art; literature; reality; fiction.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE «LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN» DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 1. Una explicación previa: derecho fundamental y garantía institucional. 2. Las libertades de expresión e información desde una perspectiva institucional. 3. La dimensión institucional de la libertad de creación. Cultura y garantía institucional. III. LA LIBERTAD DE CREACIÓN CULTURAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL. 1. La libertad de expresión literaria. 2. La libertad de expresión artística. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de creación (literaria y artística)² constituye una de las manifestaciones más singulares y menos exploradas de las libertades públicas en el Estado democrático. Aunque estrechamente vinculada a la libertad de expresión, su tratamiento jurídico y doctrinal ha sido meramente tangencial. La atención de nuestros operadores jurídicos se ha concentrado en el resto de las libertades comunicativas, dejando a la creación artística en una posición relegada; protegida, pero conceptualmente difusa, en gran medida por la dificultad de conciliar su dimensión irracional con los parámetros tradicionales del discurso jurídico.

En los últimos tiempos, sin embargo, ese panorama parece haber comenzado a transformarse. Aquella libertad, de naturaleza particularmente líquida, empieza a preocupar como objeto específico de análisis jurídico. En el contexto español, diversas controversias en torno a obras literarias y musicales inspiradas en hechos reales han puesto de manifiesto una tensión cada vez más visible especialmente entre los derechos de la personalidad, por un lado, y la libertad creativa del autor, por otro. Controversias que reclaman una respuesta actualizada y coherente con nuestro sistema constitucional.

Pocos ejemplos recientes ilustran con tanta claridad la complejidad de la cuestión a tratar como la novela *El odio*, de Luisgé Martín. La obra se inspira en un suceso criminal real que conmocionó a la sociedad española: el asesinato, en 2011, de dos niños a manos de su padre, José Bretón. El caso alcanzó una enorme repercusión tanto por la naturaleza del crimen como por la forma en que fue inicialmente presentado ante la opinión pública. El 22 de julio de

² A lo largo de este trabajo, las referencias a la «libertad de creación» deben entenderse realizadas, de forma específica, a las libertades de expresión literaria y artística. Ello sin perjuicio de que, conforme se desprende del artículo 20.1 b) de la Constitución española, la libertad de creación constitucionalmente protegida comprende asimismo otras manifestaciones, singularmente la creación científica y técnica.

2013, la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia condenatoria, imponiendo a José Bretón una pena de cuarenta años de prisión por dos delitos de asesinato.

Más de diez años después, en 2025, *El odio* retoma aquel suceso por medio de la literatura. En la novela, su autor, a partir de cartas y entrevistas concedidas por Bretón, indaga en la psicología del asesino, en las motivaciones que conducen al crimen y en el dolor que la violencia deja tras de sí. El libro se presenta como el resultado de las conversaciones mantenidas entre el escritor y el condenado; conversaciones, como se valora en la resolución judicial de apelación sobre las medidas cautelares solicitadas, «aderezadas con opiniones y elementos narrativos del escritor, los cuales no excluyen la eventual existencia de elementos de ficción, propios de la creación literaria»³. Dicha reconstrucción llevó a la madre de los menores asesinados a defender que el relato constituía una vulneración del honor, de la intimidad y de la propia imagen de las víctimas.

No es posible abordar en este trabajo todas las problemáticas que del referido caso se derivan. Interesantes para el derecho constitucional resultan, entre otras, la complejidad de las medidas cautelares y el riesgo de censura previa en este tipo de supuestos⁴; el peligro de la «autocensura» en una

³ AAP Barcelona (Sección 4.ª) núm. 116/2025, de 7 de abril, FD 4, que confirma la denegación de las medidas cautelares interesadas para la paralización de la venta de la obra.

⁴ El Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Barcelona, mediante auto de 24 de marzo de 2025, denegó la medida cautelar de suspensión provisional de la publicación y distribución del libro *El odio*. Dicha resolución fue recurrida y posteriormente confirmada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto 116/2025 (citado en la nota anterior). Petición de medidas cautelares que, conviene precisar, se presentó antes de la publicación del libro por parte de la editorial, apoyándose únicamente en extractos del texto que habían sido difundidos por la prensa. A este respecto, la Audiencia Provincial señala que «cuando se confrontan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE) con las libertades contempladas en el art. 20 CE», resulta necesario proceder «con especial precaución» al adoptar medidas cautelares como las solicitadas, con el fin de «no correr el riesgo de incurrir en la censura previa a que hace referencia la [...] STC 51/2008, de 14 de abril». Cuando no se aporta documentación suficiente ante los tribunales, como la obra o una parte representativa de la misma, «es absolutamente imposible poder hacer un juicio provisional e indiciario favorable a la estimación de la tutela que se recabaría en el juicio principal». Tal imposibilidad se produce cuando ni siquiera puede determinarse con claridad el género al que pertenece el libro objeto de la controversia, «siendo ésta una cuestión de especial trascendencia a la hora de ponderar los límites de la libertad de expresión (vertientes de libertad de información o creación artística) en relación con los derechos honoríficos de la persona». En suma, concluye la Audiencia, «el no poder analizar en qué medida ese libro puede conculcar el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores [y de la madre de los mismos], no se puede considerar si existe una medida cautelar alternativa menos restrictiva».

sociedad democrática⁵; la duda sobre si la libertad de expresión protegida es la del escritor o la del condenado que le proporciona el testimonio⁶; o la

⁵ Al hilo de la nota anterior, cabe recordar que no es lo mismo hablar de censura previa, prohibida expresamente en la Constitución, que de «autocensura». Nos dice el Tribunal Constitucional que mientras la primera consiste en «cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido» (STC 52/1983, FJ 5), la segunda se traduce en «la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen, con especial atención a los penales. Se trata de algo que, en mayor o menor grado, precede siempre a la conducta humana, reflexiva y consciente de que el respeto al derecho ajeno es la pieza clave de la convivencia pacífica» (STC 187/1999, FJ 5).

El libro *El odio* no llegó finalmente a publicarse por decisión de la propia editorial, que, como se desprende de su comunicado de 16 de abril de 2025, optó por autocensurarse: «[...] *De forma voluntaria*, Anagrama decidió paralizar el lanzamiento y la distribución de *El odio* el pasado 21 de marzo. Después de la denegación judicial posterior, en dos ocasiones, de la petición de medidas cautelares de la Fiscalía que solicitaba esa paralización, la editorial mantuvo voluntariamente la suspensión de la distribución de la obra, que ahora confirma que es definitiva. Desde su fundación en 1969, *Anagrama ha apostado por una literatura que invita a la reflexión y al debate tanto en el ámbito ético como en el social. En este contexto, la editorial cree que, en una sociedad democrática, debe existir un equilibrio entre la libertad creativa como derecho fundamental y otros principios morales. Por ello, considera que las obras que se inspiran en hechos reales requieren de una dosis doble de respeto y sensibilidad*» (las cursivas son nuestras).

⁶ Dentro de la literatura pueden distinguirse muchas modalidades, pero aquí interesa contraponer tres. Primero, la obra que se basa en hechos ajenos, ya sean fabulados o referidos por un tercero sin su consentimiento expreso. Segundo, la autobiografía o las memorias, géneros literarios en los que el sujeto narra su propia vida. En ambos casos, la eventual responsabilidad que pudiera derivarse recaería, en todo caso, sobre quien escribe. Tercero, como ejemplifica la novela *El odio*, el supuesto en que un escritor incorpora en su obra lo que otro le ha contado.

En este último escenario, una eventual paralización judicial de la publicación obligaría a determinar cuál es la libertad principalmente afectada: si la libertad de expresión de quien comunica unos hechos o la libertad de creación de quien los integra en una obra literaria. A nuestro juicio, sin poder realizar un examen más detenido, creemos que podría entrar en juego la doctrina del reportaje neutral elaborada por nuestro Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal viene considerando que se aplica dicha doctrina en relación con un medio de comunicación cuando actúa como mero transmisor de declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar su relevancia en el conjunto de la noticia (esto es esencial). No hay reportaje neutral cuando se reelabora la información ni cuando el medio provoca la noticia (STC 62/2025, de 11 de marzo, FJ 2). Así, si el autor reproduce con neutralidad los hechos que le transmite un tercero y lo hace constar de manera clara, el responsable del contenido de las declaraciones reproducidas será su autor material, pero no quien las reproduce (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 4). *Vid.*, para una lectura actualizada sobre el reportaje neutral, Bueno Biot (2026).

protección efectiva de las víctimas frente al relato de un condenado cuyo discurso perpetúa su sufrimiento⁷. Queremos, no obstante, detenernos en la que consideramos la pregunta nuclear: ¿cuál es el contenido esencial de la libertad de creación y qué límites pueden legítimamente imponérsele?⁸

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE «LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN» DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La libertad de expresión constituye uno de los pilares estructurales del sistema constitucional español. No se trata únicamente de un derecho subjetivo de ejercicio individual, sino de un elemento consustancial al Estado democrático, en cuanto presupuesto indispensable para la existencia de una opinión pública libre, sin la cual no puede concebirse una sociedad

⁷ El artículo 7.8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, califica de intromisión ilegítima en el ámbito de protección de los derechos proclamados en el artículo 18.1 CE: «La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas».

Este apartado octavo fue incorporado por la disposición final 2.2 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En cuanto a su motivación, el legislador señaló: «No infrecuentemente, en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos». Para un estudio en profundidad de la cuestión, *vid.* Grimalt Servera (2011).

⁸ Aplicado dicho interrogante a la obra *El odio*, como ha apuntado Teruel Lozano (2025), los verdaderos «límites jurídicos» a debate son «que el libro divulgara hechos relativos a la vida privada de la mujer o de los hijos asesinados de carácter íntimo o afectando a su reputación y buen nombre –teniendo presente que si lo contado es veraz y tiene relevancia pública o ha sido ya revelado en la causa judicial en principio se impone la libertad–».

plural ni un sistema político verdaderamente representativo. En una síntesis doctrinal elaborada a partir de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional puede afirmarse que la libertad de expresión constituye la condición de los demás derechos y fundamento del orden político democrático⁹.

Su reconocimiento expreso se encuentra en el artículo 20 de la Constitución española (en adelante, CE), aunque su trascendencia desborda los márgenes de este precepto. La libertad de expresión informa y vertebra el conjunto del orden constitucional, proyectándose sobre otros artículos que la refuerzan y complementan desde distintas perspectivas. Así, el artículo 1.1 CE la sitúa en el núcleo axiológico del sistema, al erigir la libertad y el pluralismo político en valores superiores del ordenamiento jurídico. El artículo 10 CE la enlaza con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, mientras que el artículo 14 CE prohíbe toda forma de discriminación por razón de la opinión.

Junto a esa libertad de expresión en el sentido más estricto del término, la Constitución reconoce otras libertades que comparten su misma raíz comunicativa y expresiva. Entre ellas destacan las libertades de creación artística y literaria [artículo 20.1 b) CE], cuyo ejercicio se adentra en el terreno de la imaginación, la ficción y la creación simbólica.

Pese a su relevancia, las libertades de creación no han recibido un desarrollo doctrinal ni jurisprudencial equivalente al de la libertad de expresión o de información. Su configuración jurídica continúa siendo imprecisa, lo que suscita interrogantes sobre su alcance, sus límites y su posición sistemática dentro del conjunto de derechos reconocidos en el artículo 20 CE. Precisamente esa falta de definición –y la reciente reactivación del debate constitucional en torno a estas libertades– justifican el propósito de este trabajo: examinar el sentido, contenido y protección de las libertades de creación en el marco constitucional español, poniendo especial atención en su interacción con otros derechos fundamentales y en la necesidad de articular un canon propio de protección.

⁹ La STC 6/1981, de 16 de marzo, estableció que «el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (FJ 3). En el mismo sentido, la STC 159/1986, de 16 de diciembre, subrayó la relevancia de las libertades de opinión e información, en cuanto garantizan la existencia de una opinión pública libre, «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático» (FJ 6).

1. Una explicación previa: derecho fundamental y garantía institucional

Nuestra Constitución no explica las categorías que podemos encontrar dentro del estudio de los derechos y demás figuras relevantes de su parte dogmática. Así, clasificaciones como *derechos fundamentales*, *derechos constitucionales* o *subjetivos*, o *derechos programáticos* se han identificado principalmente a partir del artículo 53 CE y del distinto nivel de garantía que este precepto ofrece. Lo mismo sucede con la llamada *garantía institucional*. Tampoco está definida expresamente en el texto constitucional, sino que ha sido construida por la doctrina y la jurisprudencia a partir de su función y nivel de aseguramiento. Sin embargo, la distinción entre algunas de estas figuras resulta clave para entender la protección particularmente intensa que han recibido algunas de las libertades del artículo 20 CE. En concreto, debemos precisar qué entendemos por derecho fundamental y qué por garantía institucional, para aplicarlo posteriormente al objeto de nuestro estudio.

El artículo 10.1 de la Constitución nos habla de la dignidad de la persona y de los «derechos inviolables que le son inherentes». De este enunciado se desprende que existe una serie de derechos que, por su vinculación con dicha dignidad –*prius* jurídico–, reciben la denominación de «fundamentales»¹⁰, adjetivo que indica su posición nuclear en el ordenamiento y la especial salvaguardia que les corresponde.

Desde la perspectiva anterior, «en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia» (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2). Atendiendo a este enfoque individual, los derechos fundamentales se presentan como una manifestación directa de la dignidad humana y, por ello, constituyen el «núcleo básico, ineludible e irrenunciable» en cuanto a las libertades que disfrutaban los ciudadanos (Solozábal Echavarría, 1991: 88).

Pero el artículo 10.1 CE dice algo más: la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes «son fundamento del orden político y de la paz social». Nuestro Estado constitucional de Derecho ha de entenderse como un Estado «material» y no meramente «formal»; es decir, un Estado dotado de un contenido que se desprende de la garantía de unos valores (la dignidad de la persona y la igual libertad de todos) y los derechos

¹⁰ Ahora bien, como nos recordó la STC 81/2020, de 15 de julio, el reconocimiento del artículo 10.1 CE de la dignidad de la persona «no significa ni que todo derecho le sea inherente –y por ello inviolable– ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad» (FJ 11).

fundamentales. Derechos que se convierten, así, en la «sustancia del Estado constitucional» (Tajadura Tejada, 2019: 71–72).

De este modo, además de derechos subjetivos, los derechos fundamentales aparecen como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» (STC 81/1998, de 2 de abril). Esto es lo que se conoce como la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales, de forma que las garantías de los derechos fundamentales «preservan también los valores subyacentes» (Lucas Verdú, 2009: 119).

Sentado lo anterior, conviene precisar que la dimensión institucional de un derecho fundamental no lo convierte en una garantía institucional, aunque ambos conceptos compartan la idea de preservar elementos esenciales del orden constitucional. Si la dimensión institucional de los derechos fundamentales supone que estos van más allá del interés individual y orientan e informan al sistema en su conjunto, las garantías institucionales, en cambio, protegen la existencia y el contenido mínimo de una institución. Distinción que parece clara en la teoría, pero que en la práctica se complica.

La diferenciación entre la dimensión subjetiva del derecho fundamental y la figura de la garantía institucional no plantea, en principio, grandes problemas. Mientras que en la primera el destinatario es la persona, en la segunda lo es la institución. Así, en el primer supuesto se protege «la libertad», mientras que en el segundo se salvaguarda «el mantenimiento de una configuración concreta en la sociedad o en la estructura política». En consecuencia, el sistema de protección es distinto. El derecho fundamental como derecho subjetivo coloca a la persona en el núcleo del orden constitucional y actúa como barrera frente a las intervenciones injustas del Estado. La garantía institucional «no genera una esfera de libertad a favor del individuo, sino una obligación de los poderes públicos de dotar a una determinada institución, citada en la Constitución, de una regulación precisa que sea compatible con su pervivencia y con su propia naturaleza histórica impidiendo su desnaturalización» (Gómez Sánchez, 2020: 153–154).

Cabe, por tanto, afirmar la existencia en nuestro sistema constitucional de garantías institucionales dotadas de entidad propia. El ejemplo que mejor ilustra dicha posibilidad es la autonomía local a la que se refiere el artículo 137 CE. Siendo esto así, en determinados supuestos, también se ha entendido que un derecho fundamental puede actuar simultáneamente como garantía institucional. En palabras del propio Tribunal Constitucional: «respecto del primer punto, cuyo interés no es sólo teórico, puesto que de una u otra conceptualización derivan importantes consecuencias que las partes destacan [...], lo primero que hay que decir es que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que *buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales*,

aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4 a). Y ello porque, para el Alto Tribunal, la diferenciación entre derecho fundamental y garantía institucional, atendiendo a la «barrera más o menos flexible de disponibilidad normativa», no resulta significativa. ¿Por qué? Porque realiza una equiparación entre el deber de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales que se impone al legislador *ex* artículo 53.1 CE y el «núcleo básico de la institución»¹¹ que el legislador tampoco puede desconocer.

Mayor complejidad presenta la distinción entre la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales y la garantía institucional, debido a la misión similar que ambas persiguen en nuestro sistema. En este punto, la doctrina suele dividirse en dos posiciones: a) quienes sostienen que la garantía institucional y la dimensión institucional de los derechos fundamentales son categorías distintas e independientes; b) quienes entienden que la garantía institucional se vincula a determinados derechos fundamentales para reforzar precisamente su dimensión institucional.

La primera tesis (Cidoncha Martín, 2009: 184–185) defiende que, aunque se haya intentado unificar en un único concepto la garantía institucional y la dimensión institucional mediante la idea de los derechos como «institutos», esta fusión no resulta posible. Según esta postura, ambas figuras tendrían funciones diferentes o incluso opuestas. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica una «funcionalidad ofensiva»: «los poderes públicos (con el legislador a la cabeza) no sólo deben respetar el contenido de los derechos fundamentales, sino que deben potenciarlos». Al contrario, de la garantía institucional deriva una «funcionalidad defensiva». Si la dimensión objetiva o institucional incita a los poderes públicos a maximizar los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades (salvaguardia positiva), la garantía institucional se comporta como un límite (salvaguardia negativa). No se trata como en el primer caso de una directriz de actuación, sino de evitar que el legislador desfigure determinados objetos (las instituciones).

El segundo posicionamiento (Villaverde Menéndez, 2012b: 115–116) da un paso más. La garantía institucional debe ser entendida en la actualidad como «técnica que objetiva la libertad y la juridifica convirtiendo su contenido no en la abstracta protección de un *agere licere* o de una prohibición de poder público, sino en la ordenación normativa de una determinada realidad». Desde esta perspectiva, la garantía institucional tendría un «efecto de

¹¹ Entendiendo por tal, siguiendo a la STC 32/1981, de 28 de julio, la obligación de preservación de la institución «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3).

irradiación» pues «dota de eficacia normativa informadora de todo el ordenamiento jurídico a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales».

La dimensión objetiva de un derecho fundamental –es decir, su función para el conjunto del sistema constitucional– no quedaría limitada solo por la dimensión subjetiva (los derechos individuales de las personas). Dicho con otras palabras, si en circunstancias normales, la ley orgánica desarrolla un derecho fundamental (el legislador concreta cómo se ejercita, cuáles son sus límites...) tomando como referencia la dimensión subjetiva, desde la segunda teoría, existiría algo más que condiciona esa regulación: la existencia de una «garantía institucional». Ello significa que, además del derecho subjetivo, ya existe un núcleo institucional que el ordenamiento protege y que debe respetar. Esa garantía institucional predefine parte del contenido objetivo del derecho y, por tanto, reduce el margen de actuación del legislador. Los poderes públicos no pueden regular y aplicar los derechos libremente por cuanto deben mantener intacta esa estructura institucional esencial.

2. *Las libertades de expresión e información desde una perspectiva institucional*

La importación por el Tribunal Constitucional español de la doctrina alemana sobre la garantía institucional y la dimensión institucional de los derechos fundamentales provocó que las libertades de expresión e información resultaran fortalecidas. Ahora bien, esta operación constitucional presenta algunas incongruencias.

Como es sabido, nuestra Constitución no establece una jerarquía entre los derechos fundamentales que proclama. Sin embargo, ello no ha impedido el reconocimiento de la «posición preferente que ocupa la libertad de expresión cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o con intereses de significada importancia social y política» (STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4 a). Posición preferencial que impone «la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad» (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4; y 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 4).

¿Cuándo opera dicho *privilegio hermenéutico*? Siguiendo a Montilla Martos (2021: 241), para que la doctrina de la posición preferente resulte aplicable, es necesario que concurra alguna de las siguientes condiciones: 1) que el objeto del mensaje verse sobre algún hecho o acontecimiento de interés público o general; 2) que el sujeto pasivo al que se refiere el mensaje tenga relevancia pública; y, en ocasiones, 3) que la condición del sujeto activo o persona que emite el mensaje sea trascendental para el aseguramiento de la creación de opinión pública.

Avancemos. Para proclamar el papel privilegiado que ocupa las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE dentro de nuestro sistema constitucional,

el Tribunal Constitucional las vincula a la protección de una institución esencial. Dicho de otro modo, tales libertades no se agotan en su dimensión de derechos subjetivos, sino que actúan también como garantía institucional. En la mayoría de los casos, esa institución que garantizan se identifica con la «opinión pública libre»¹²; en otros, con el «principio democrático»¹³; o, incluso, con el «proceso de comunicación pública abierto, libre y plural»¹⁴.

Si hablamos de garantía institucional, cabe recordar que resulta preciso acudir al texto constitucional en la medida en que la institución a proteger debe aparecer enunciada de modo explícito en el mismo¹⁵: «La categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. [...] Por tanto, nuestra jurisprudencia reserva la noción de garantía institucional a la protección de aquellas

¹² Debemos destacar la STC 107/1988, de 8 de junio (FJ 2): «las libertades del art. 20 de la Constitución, no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales». Especialmente esclarecedora resulta la STC 240/1992, de 21 de diciembre (FJ 3): «el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático».

En el mismo sentido: SSTC 121/1989, de 3 de julio (FJ 2); 336/1993, de 15 de noviembre (FJ 4); 132/1995, de 11 de septiembre (FJ 4); y 32/2002, de 9 de diciembre (FJ 4).

¹³ STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 8): «la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone [...] el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos».

¹⁴ STC 192/1999, de 25 de octubre (FJ 8): «El Estado democrático de Derecho se realiza también a través de la garantía de un abierto, libre y plural proceso de comunicación pública en el que, entre otras cosas, se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquéllos que tienen atribuida la administración del poder público, garantía a la que sirve de forma capital el art. 20.1 CE».

¹⁵ Respecto de la aplicación de la doctrina de la garantía institucional a instituciones directamente reconocidas en la Constitución, *vid.* la autonomía local (SSTC 32/1981, de 28 de julio y 240/2006, de 20 de julio); el régimen foral (STC 76/1988, de 26 de abril); la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio); la familia (STC 116/1999, de 17 de junio) o los colegios profesionales (STC 179/1994, de 16 de junio).

instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 7).

El Magistrado don Manuel Aragón Reyes, en el voto particular concurrente que formula a la STC 198/2012, sobre el matrimonio como institución garantizada por la Constitución, resume bien la idea: «en el primer supuesto (el de la garantía institucional) la misma norma constitucional llama (interiormente) al “ser” para configurar su “debe ser”».

Siendo esto así, los institutos a los que alude la jurisprudencia constitucional en relación con la libertad de expresión –opinión pública libre, principio democrático o proceso de comunicación pública– derivan de diversos preceptos constitucionales, pero no aparecen expresamente previstos en la letra constitucional. Lo cual sugiere que «el Tribunal Constitucional español [...] confunde institución con valor constitucional o, mejor aún, con el interés general al que sirve el derecho fundamental». La opinión pública libre constituye el valor o interés general al que responden las libertades de expresión o información, de forma que «sólo la información u opinión que contribuya a formar una opinión pública libre tiene la relevancia pública como para hacer prevalecer tales libertades» (Cidoncha Martín, 2009: 181).

Distinto sería el supuesto, dentro igualmente del ámbito del artículo 20 CE, del requisito de la «veracidad» en relación con la libertad de información. A diferencia de lo anteriormente señalado, la información y la veracidad sí encuentran reconocimiento expreso en la propia Constitución, concretamente en el artículo 20.1 d) CE («Se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»). Sobre esta base, y al hilo de la problemática contemporánea de la desinformación y las *fake news*, parte de la doctrina ha defendido la tesis de la veracidad como garantía institucional de la información que nuestra Norma fundamental pretende proteger (Serra Cristóbal, 2023: 29–30)¹⁶.

En nuestra opinión, el recurso del Tribunal Constitucional a la doctrina de la garantía institucional puede explicarse por la necesidad de encontrar un fundamento adicional a la dimensión institucional de los derechos fundamentales. Ello a fin de sostener la posición preferente de las libertades de opinión e información, en la medida en que aquella dimensión es común a todos ellos. Habría bastado, pensamos, con una formulación coherente y autónoma de la teoría de la posición preferente de dichas libertades. En consecuencia, las libertades de expresión e información, en cuanto derechos fundamentales, presentan una dimensión institucional y, sin poder calificarse en sentido

¹⁶ Sobre estas problemáticas –veracidad e información y su correcta formulación constitucional– ha reflexionado recientemente en profundidad Vera Santos (2025).

estricto como garantías institucionales¹⁷, cumplen no obstante una función institucional específica de suma importancia.

3. *La dimensión institucional de la libertad de creación. Cultura y garantía institucional*

Como se ha visto, la tesis de la posición preferente se explica, de manera singular, por la consideración de las libertades de expresión y de información como instrumentos esenciales para la formación de una opinión pública libre y, en consecuencia, para la garantía del pluralismo *político*.

Tal concepción encuentra su sólido respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) relativa al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que reconoce la libertad de expresión¹⁸. El TEDH ha subrayado de forma reiterada que el artículo 10.2 CEDH apenas deja margen para restricciones a la libertad de expresión cuando esta se ejerce en el ámbito del discurso político o de las

¹⁷ Un supuesto criticable en el que el Tribunal Constitucional ha extendido la categoría de garantía institucional apartándose de los rasgos característicos de la misma es el relativo a la tauromaquia. En la STC 134/2018, de 13 de diciembre, el Alto Tribunal se refirió al «espectáculo taurino» en términos de «garantía institucional» en tanto que «manifestación cultural común, con independencia de las variantes territoriales que puedan existir» (FJ 7).

Frente a esta interpretación, en el voto particular formulado a la citada sentencia por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón se sostiene que «no es admisible dispensar a la tauromaquia, o a alguna de sus manifestaciones, la protección propia de la garantía institucional». El voto particular concluye, al cuestionar la definición del núcleo esencial en la que la sentencia basa la reconocibilidad de la institución, que «se alcanza así un resultado paradójico e inaceptable: *sin gozar de reconocimiento en la Constitución, que ni siquiera la menciona*, se rodea a la “corrida de toros moderna” de una protección de mayor rigidez que la dispensada por la garantía institucional a elementos estructurales y estructuradores del orden constitucional» (la cursiva es nuestra).

¹⁸ El artículo 10.1 del CEDH dispone lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa». Como puede apreciarse, el tenor literal del precepto no contiene una referencia expresa a la libertad artística. Sin embargo, el TEDH ha afirmado tempranamente que el artículo 10 CEDH no distingue entre las distintas modalidades de expresión, por lo que su ámbito de protección comprende también la expresión artística, en la medida en que esta permite participar en el intercambio público de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales (STEDH *Müller y otros c. Suiza*, 1988, § 27).

cuestiones de interés general¹⁹. Libertad de expresión como catalizador de lo político. Es precisamente esta idea lo que vincula –aunque no en todos los casos, como veremos a continuación– a la libertad de expresión artística con la protección preferente en la doctrina europea.

La Corte europea «utiliza una serie de herramientas que le permiten objetivar el control de la necesidad de las injerencias estatales sobre la libertad de expresión. Entre ellas destaca la idea de que la libertad de expresión cubre “ideas que ofenden, chocan o molestan”; la necesidad de “pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura”; o el concepto de “cuidado razonable” a la hora de recabar datos informativos. Sin embargo, no parece que ése sea el caso para el discurso artístico, ni el valor de la creación o la ficción. Si hay una línea argumental que recorre toda la jurisprudencia relativa al art. 10 CEDH es la protección de las ideas políticas. El Tribunal conecta fuertemente la protección de las libertades de expresión y comunicación con su función política en el Estado democrático. Eso explica que venga manteniendo una doctrina muy restrictiva respecto a las características propias de la obra artística como manifestación diferenciada y protegible de la libertad de expresión» (Urias Martínez, 2020: 357–362).

Como se expone en el *Key Theme – Article 10 Artistic expression*, elaborado por la Secretaría del TEDH y actualizado en agosto de 2025, el Tribunal pone el acento en el contexto de la expresión artística. En particular, cuando una obra de arte se refiere a un debate sobre un asunto de interés público o constituye una expresión política y militante, el Tribunal suele concederle un alto nivel de protección.

Es por todos conocida la STEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria* (2007), relativa a la prohibición de exhibir un cuadro consistente en un *collage* de diversas figuras públicas, como la Madre Teresa de Calcuta, el cardenal austriaco Hermann Groer y algunos políticos del Partido Liberal Austriaco (FPÖ), en posturas sexuales. Mientras que los cuerpos desnudos de estas figuras estaban pintadas, las cabezas y los rostros estaban representados mediante fotografías tomadas de periódicos. Además, los ojos de algunas de las personas retratadas estaban ocultos bajo barras negras. Pues bien, el Tribunal destacó que la obra no pretendía reflejar ni sugerir la realidad, sino

¹⁹ «Siempre que las opiniones expresadas no supongan incitación a la violencia –en otras palabras, a no ser que aboguen por recurrir a acciones violentas o sangrientas, justifiquen la comisión de delitos terroristas para lograr los objetivos de sus defensores o puedan interpretarse como posible incitación a la violencia mediante la expresión de un odio arraigado e irracional hacia determinadas personas– los Estados contratantes no deben restringir el derecho de la sociedad a ser informada de dichas opiniones, incluso sobre la base de los objetivos establecidos en el artículo 10.2» (entre otras, STEDH *Dilipak c. Turquía*, n.º 29680/05, de 15 de septiembre de 2015, § 62).

formular una representación deliberadamente exagerada e irreal. En este contexto, calificó dicha representación como una caricatura con elementos satíricos, recordando que la sátira constituye «una forma de expresión artística y de crítica social» que, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, «busca naturalmente provocar y agitar». Razón por la cual cualquier injerencia en el derecho del artista a este tipo de expresión debe ser examinada con especial cuidado, al quedar comprendida en el ámbito de protección del artículo 10 CEDH (§ 33).

En dicha línea, el TEDH ha advertido que la imposición de sanciones administrativas, incluso de carácter leve, a los autores de expresiones que presentan simultáneamente un carácter artístico y político puede producir un indeseable efecto de desaliento sobre la expresión pública (STEDH *Tatár y Fáber c. Hungría*, 2012, § 41).

Igualmente, en la STEDH *Mariya Alekhina y otras c. Rusia* (2018), relativa a la condena penal de las integrantes del grupo punk *Pussy Riot* por la realización de una *performance* artística de carácter crítico con el poder estatal en el interior de la Catedral de Cristo Salvador (Moscú), el Tribunal europeo subrayó que dicha actuación constituía una forma de expresión artística y política protegida por el artículo 10 CEDH (§§ 203-206), inserta en un debate de interés general (§ 260), e insiste en que la libertad de expresión ampara también aquellas manifestaciones que ofenden, escandalizan o molestan (§ 197), concluyendo que la severidad de las sanciones impuestas generaba un efecto disuasorio incompatible con una sociedad democrática (§§ 256-258 y 272).

Más recientemente, en la STEDH *Bouton c. Francia* (2022), relativa a la condena penal de una activista del movimiento *Femen* por la realización de una *performance* militante consistente en exhibirse con el torso desnudo y consignas pintadas sobre el cuerpo ante el altar de una iglesia, como forma de protesta contra la posición de la Iglesia católica sobre el aborto, el Tribunal recordó que «el artículo 10 puede aplicarse a las formas de expresión artística, al arte y a la creación que contribuyan al intercambio de ideas y opiniones». En coherencia con lo anterior, reiteró que «las “actuaciones” consistentes en una mezcla de expresiones verbales y conductuales, que constituyen una forma de expresión artística y política, caen dentro del ámbito de la libertad de expresión protegida por el artículo 10» (§ 30).

Ahora bien, cuando el TEDH considera que el medio artístico no constituye el cauce adecuado para articular reivindicaciones políticas, la protección reforzada derivada del artículo 10 CEDH decae. Un ejemplo claro lo ofrece la decisión de inadmisión en 2023 de la demanda n.º 27925/21 en el asunto *Pablo Rivadulla Duró c. España*, en la que el Tribunal concluyó que las manifestaciones calumniosas realizadas por el demandante contra el Jefe del Estado, aun formuladas en un contexto musical, no podían beneficiarse de la

tutela propia de la expresión artística-política en los términos del artículo 10 CEDH.

A este respecto, el Tribunal consideró necesario explicar por qué no resultaba aplicable su jurisprudencia anterior en un supuesto igualmente español, distinguiendo expresamente el caso *Pablo Rivadulla Duró* (más conocido por su nombre artístico *Pablo Hasel*) del asunto *Otegi Mondragón c. España*. En *Otegi Mondragón*, se apreció una violación del artículo 10 CEDH como consecuencia de la condena penal impuesta a un representante político elegido por el pueblo por declaraciones insultantes dirigidas contra el Rey de España en una rueda de prensa, en un contexto de inmediatez propio del debate político y sin posibilidad de reformulación previa. En aquel caso, se concedió un peso decisivo tanto al estatus político del emisor como a la severidad de la pena impuesta. Por el contrario, en el segundo caso, el demandante, observa el Tribunal, «no es un representante político elegido, sino un cantante». Sus mensajes fueron difundidos por escrito y a través de una canción previamente compuesta y grabada. Ello presupone un proceso de elaboración y reflexión, incompatible con la lógica de la crítica política inmediata (§§ 43-52).

En resumen, el Alto Tribunal europeo no ha definido todavía qué debe entenderse por «arte» (hasta el momento: pinturas, esculturas, dibujos animados, obras de teatro, novelas, poemas, arte performativo...). Tampoco ha establecido un criterio general para determinar cuándo una concreta manifestación puede calificarse como artística. El Tribunal ha dejado igualmente abierta la cuestión de si la creación artística merece una protección diferenciada frente a otras formas de expresión²⁰.

La libertad de creación queda comprendida en el ámbito del artículo 10 CEDH, de modo que su tutela se articula, por ahora, dentro del régimen general de la libertad de expresión, en particular cuando la obra se vincula a cuestiones de relevancia social. La libertad de expresión artística queda sometida así al triple test aplicable a toda injerencia estatal en la libertad de expresión en sentido estricto: en primer lugar, se valora que la injerencia esté «prevista por la ley»; en segundo término, que «persiga uno o varios fines legítimos» en el sentido del segundo párrafo del artículo 10 CEDH; y, finalmente, que resulte «necesaria en una sociedad democrática», requisito que reviste una importancia decisiva en la jurisprudencia del Tribunal.

Desde esta última condición o requisito, la necesidad de imponer límites en una sociedad avanzada al arte, cabe plantear algunos interrogantes: ¿implica el actual marco interpretativo que solo merece una tutela reforzada

²⁰ Así se detalla por la Secretaría del Tribunal europeo en el documento *Key Theme – Article 10 Artistic expression*, actualizado en agosto de 2025. Puede consultarse en: <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/artistic-expression>.

aquel arte que resulta útil para vehicular una reivindicación política o social reconocible?; ¿quedan, así, en una posición más débil aquellas manifestaciones artísticas que no se integran de manera directa en un debate de interés general?; ¿son suficientes las categorías tradicionales de la libertad de expresión para captar jurídicamente la especificidad del fenómeno artístico, o resulta necesario acudir a otras *lentes jurídicas* que permitan comprender su valor más allá de su funcionalidad discursiva?; y, en definitiva, ¿a qué nos referimos realmente cuando hablamos de libertad de creación?

El artículo 20 de la Constitución española, además de reconocer la libertad de opinar [artículo 20.1 a) CE] y la libertad de informar [artículo 20.1 d) CE], contempla de manera diferenciada la libertad de crear [artículo 20.1 b) CE]. En concreto, este apartado b) establece: «Se reconocen y protegen los derechos: a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica». De este modo, a pesar de las reticencias iniciales del Tribunal Constitucional²¹, es claro que estamos ante un auténtico derecho autónomo que protege «una de las más altas cualidades humanas»: la interpretación, o reinterpretación, de la realidad a través de procesos creativos que no se identifican con la mera exposición de hechos u opiniones (González-Hernández, 2024: 174).

Pero, en lo que al arte se refiere, la Constitución española dice algo más. Si nos adentramos en el Capítulo III del Título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, encontramos, en sintonía con la voluntad proclamada en el Preámbulo del texto constitucional, hasta cuatro referencias explícitas a la cultura. El artículo 44.1 CE establece que los poderes públicos han de promover y tutelar el acceso a la cultura, «a la que todos tienen derecho». El artículo 46 CE les encomienda garantizar la conservación y promoción del enriquecimiento del «patrimonio cultural y artístico» de los pueblos de España. El artículo 48 CE, como con carácter general hace el artículo 9.2 CE, orienta la actuación pública hacia la búsqueda de la participación de la juventud en el desarrollo cultural. Y, finalmente, el artículo 50 CE, en relación con las personas de la tercera edad, insta a la creación de un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos también

²¹ STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5: «En cuanto a la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la consiguiente prohibición del acceso a los mismos, el Decreto supone una limitación a la libertad de representación que va ligada a la libertad de expresión y de creación literaria y artística garantizadas en el art. 20.1 de la Norma fundamental. En efecto, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, *no es sino una concreción* del derecho –también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo– a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada» (las cursivas son nuestras).

en el ámbito cultural. Al conjunto de preceptos constitucionales que reconocen derechos y valores vinculados a la creación artística y la cultura la doctrina se refiere como «Constitución cultural» (Tajadura Tejada, 1997; Desdentado Daroca, 2023).

España se aparta así del modelo seguido por los tratados internacionales. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos no existe una referencia expresa a la libertad de expresión artística o la cultura. En cambio, si acudimos, por ejemplo, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, su artículo 27 dispone: «1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Se protegen así, en un mismo precepto, de un lado, los intereses del creador y, de otro, los de quienes reciben la obra, en garantía de la vida cultural de la comunidad.

Por su lado, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, un tratado clave igualmente de la ONU, establece: «1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Parte 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 Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales».

Existe, por tanto, una correlación incuestionable entre la libertad de creación y la cultura. De modo similar al constituyente español, el constituyente italiano ha optado incluso por descomponer este binomio en tres dimensiones: 1) «il valore estetico-culturale come valore costituzionale primario» (artículo 9 de la Constitución italiana²²); 2) «l'espressione artistica come libertà fondamentale e diritto sociale» (artículo 33.1 de la Constitución

²² Artículo 9 de la Constitución italiana: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione».

italiana²³); y, de forma separada, 3) la libertad de expresión o, como establece el artículo 21 de la Constitución italiana²⁴, la «libera manifestazione del proprio pensiero».

En la interpretación conjunta de este articulado, se ha dicho que el artículo 9 de la Constitución italiana asume el arte desde la perspectiva de la predisposición de los medios y de los instrumentos necesarios para su más pleno desarrollo y realización. En lo que respecta al artículo 33, la Norma Suprema italiana pone en valor el perfil de libertad que caracteriza a la expresión artística, evocando la libre determinación del método, de los fines y del objeto de la producción artística. Asimismo, parte de la doctrina italiana entiende que la elección del Constituyente de situar el reconocimiento de la libertad del arte en una disposición distinta de la prevista en el artículo 21, avala la tesis según la cual el concepto del arte y la disciplina del fenómeno artístico reclaman la necesidad de excepción o de privilegio en relación con la libertad más general reconocida a la manifestación del pensamiento (Polacchini, 2018: 15–16, 18–27).

Así las cosas, y volviendo al marco constitucional español, si la libertad de expresión y la libertad de información gozan de una posición preferente, la libertad de creación habría de situarse en un plano aún más cualificado, de carácter *superpreferente* (Rufo Rubio, 2025). Esta afirmación se sostiene, fundamentalmente, sobre dos ideas.

En primer lugar, porque la creación artística no se construye necesariamente sobre la realidad fáctica, ni pretende describirla o valorarla en términos de verdad, sino que opera en el plano de la ficción, de la metáfora y de la representación simbólica. Incluso cuando toma elementos de la realidad, lo hace en el marco de un pacto de ficción implícito con el espectador, que en algunos casos puede llegar a atenuar su potencial lesivo para las sensibilidades individuales y colectivas en la exigencia de una mayor tolerancia frente a los excesos expresivos.

En segundo término, porque el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 b) CE no se agota en la protección de una esfera individual de libertad creativa, sino que se orienta estructuralmente al aseguramiento de la cultura como bien constitucionalmente relevante. La libertad de creación se proyecta así más allá del creador, en beneficio del conjunto de la comunidad. Desde este entendimiento se explican propuestas como la consideración de la lectura como «bien humano fundamental». Para Flores Giménez (2025: 47–50) leer presenta un «carácter esencial, vital, para el libre y pleno

²³ Artículo 33.1 de la Constitución italiana: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

²⁴ Artículo 21 de la Constitución italiana: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione».

desarrollo individual y colectivo de los seres humanos», en la medida en que posibilita el ejercicio de otros derechos humanos estrechamente conectados con ella, como «la educación, las libertades de pensamiento, de expresión e información, el acceso a la cultura, la participación política...»

Deteniéndonos en esta última cuestión, el artículo 1.1 CE proclama el pluralismo político como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la libertad de expresión y la libertad de información se configuran como derechos al servicio de dicho pluralismo. Ahora bien, este pluralismo va más allá de su dimensión estrictamente política. Como ha señalado la doctrina, si bien el pluralismo aparece con el apellido «político» en nuestra Constitución, es claro que hoy debemos hablar de un «pluralismo ampliado». De acuerdo con ello, se ha defendido la existencia de un pluralismo cultural como «prolongación del pluralismo político» (Antonino de la Cámara, 2025: 550–553).

Así, las libertades reconocidas en el artículo 20 CE cumplen una función estructural común: hacer posible el pluralismo en todas sus manifestaciones. Nuestro Tribunal Constitucional ha sentado que la Constitución «incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental» (STC 18/1981, FJ 2). Lo anterior supone que la interpretación constitucional ha de orientarse a la realización efectiva de los valores que la propia Constitución proclama. También la libertad de creación del artículo 20.1 b) participa de esa misma finalidad. Ahora bien, en su caso el pluralismo se realiza mediante la preservación y el dinamismo de una institución constitucionalmente relevante: la cultura. De ahí su naturaleza *superpreferencial*.

Como ya hemos señalado, la cultura aparece expresamente reconocida en la Constitución, en particular en el Capítulo III del Título I. Al igual que sucede con otras realidades incluidas en ese mismo capítulo –como la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio) o la familia (STC 116/1999, de 17 de junio)– la cultura podría llegar a ser interpretada en términos de garantía institucional.

El reconocimiento constitucional de la cultura comporta la existencia de un núcleo esencial que el legislador y los poderes públicos deben respetar y preservar, sin perjuicio de su amplia libertad de configuración normativa. Esta lógica, propia de la garantía institucional, no impone un modelo cultural determinado, pero sí exige que la institución conserve una forma reconocible para la conciencia social. En dicho sentido, una restricción excesiva de la libertad de creación artística no solo incidiría sobre la esfera individual del creador, sino que podría incluso desnaturalizar la propia imagen de la cultura, empobreciendo su capacidad expresiva y comprometiendo su función constitucional como espacio de pluralismo, innovación y reflexión. Como sostiene González-Hernández (2024: 176), se debe partir siempre de la máxima de que

los límites a la libertad de creación artística deben ser los menos posibles bajo el peligro de una reducción indeseada del sustrato cultural.

Tal garantía «no puede estar orientada a preservar el contenido sustantivo de una manifestación concreta (como ha ocurrido con la tauromaquia²⁵), sino que obliga a los poderes públicos la ordenación de una realidad a través de un deber positivo de protección. En este sentido, un sistema público de cultura podría encuadrarse en el mandato del art. 44.1 CE como una garantía institucional, entendida como un conjunto de normas de procesos y organización que el Estado debe desarrollar desde la dimensión objetiva del derecho, pero que sirven como encuadre para el disfrute de la cultura en su dimensión subjetiva». No solo eso. Al igual que ha venido haciendo la «opinión pública libre», con más razón «el genérico término de “cultura” puede concretar su alcance al conectar el art. 44.1 CE con otros derechos fundamentales que protegen esferas culturales de especial relevancia constitucional como la religión (art. 16 CE), la libertad de creación artística (art. 20.1.b) o la educación (art. 27 CE)» (Antonino de la Cámara, 2025: 542–544; 553–555²⁶).

Estas tesis han sido asumidas por la justicia constitucional en la reciente STC 1/2025, de 13 de enero, desde la perspectiva, *a priori*²⁷, de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (la extensión de la cita resulta necesaria):

²⁵ Sobre la tauromaquia como garantía institucional, *vid.* nota 17.

A mayor abundamiento, la consideración de que «la tauromaquia forma parte del patrimonio cultural inmaterial español» llevó al Tribunal Constitucional, en la STC 93/2021, de 10 de mayo, a declarar que calificar directamente a un torero fallecido, por razón de su dedicación profesional, como «asesino» o como miembro del equipo de los «opresores», debe ser valorado «sin el menor atisbo de duda como una injerencia en su derecho al honor, al suponer un menoscabo de reputación personal, así como una denigración de su prestigio y actividad profesional, con directa afectación a su propia consideración y dignidad individual» (FJ 7).

²⁶ En relación con la posible configuración de la cultura conforme a la teoría de la garantía institucional, resulta igualmente ilustrativo un estudio anterior de la misma autora (Antonino de la Cámara, 2021), que examina la cuestión a la luz de tres experiencias constitucionales europeas.

²⁷ Decimos *a priori* porque, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, el Tribunal Constitucional, en un ambiguo uso de la categoría institucional, alterna en su doctrina sobre las libertades del artículo 20.1 CE el concepto de garantía institucional y el enfoque institucional de los derechos fundamentales. En tal sentido, como puede observarse en la cita del texto principal de la STC 1/2025, aunque el fundamento jurídico tercero en el que se inserta la misma lleva por título en la sentencia «dimensión objetiva», se afirma que las libertades de expresión e información presentan un «doble carácter de derecho individual y de *garantía* de la posibilidad de la existencia de una opinión pública libre» (*vid.* nota 12, sobre la opinión pública libre como institución), al tiempo que se alude a las libertades de creación y a su «doble carácter de libertad individual y de *garantía* de un plural y universal acceso a la cultura» por parte de lectores y espectadores.

«En la libre circulación de la literatura reside un interés general, pues la divulgación de la obra es condición para que pueda llegar al público, que es un interés vinculado íntimamente al escritor, pero también a la sociedad, pues hace posible la lectura de la obra, garantizando el conocimiento y goce de la literatura como una modalidad del derecho universal de acceso a la cultura que recoge el artículo 44.1 CE, y que está conectado con el mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural y social (art. 9.2 CE).

El concepto de cultura es complejo, pero encuentra su ámbito de manifestación característico en las actividades creativas que como derechos fundamentales enumera el artículo 20.1.b) CE: el arte, la literatura, la ciencia y la técnica –sin perjuicio de que a las dos últimas se refiera de manera separada y específica el artículo 44.2 CE–. Desde esta perspectiva, el derecho fundamental a la libre producción y creación literaria adquiere una dimensión objetiva en cuya virtud los poderes públicos han de velar por la posibilidad del disfrute por todos de los bienes de la cultura. En nuestro ordenamiento jurídico –y en paralelo a la construcción de los derechos fundamentales a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión, dotados de una dimensión especial debido a su doble carácter de libertad individual y de garantía de posibilidad de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 3)–, la libertad de producción y creación literaria tiene también una especial dimensión en razón de su doble carácter de libertad individual y de *garantía de un plural y universal acceso a la cultura por parte de lectores y espectadores*» (FJ 3 c).

A la luz de las consideraciones anteriores y de la vinculación entre los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 b) CE y la cultura, tal vez resulte más adecuado hablar de *libertad de expresión cultural* o *libertad de creación cultural*.

De esta forma se consigue, como hace el artículo 42 de la Constitución portuguesa de 1976, dar «cobertura, a modo de paraguas, bajo el manto ubicuo del concepto de cultura, el conjunto de las manifestaciones propias de la creación artística». Resulta así particularmente significativo que la idea de «creación cultural» estuvo a punto de incorporarse al artículo 20.1 b) de la Constitución española con el fin de englobar en un concepto unitario las distintas materias relacionadas con la libertad artística. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, la propuesta tuvo la mala fortuna de ver asociada su suerte en el proceso de debate del texto constitucional a la de otras enmiendas sobre las que existía escaso consenso (Prieto de Pedro, 2023: 75–76).

III. LA LIBERTAD DE CREACIÓN CULTURAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En 2025, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos sentencias²⁸ sobre el artículo 20.1 b) CE, lo que ha permitido avanzar en la delimitación de unas libertades hasta ahora poco desarrolladas en su jurisprudencia²⁹. En particular, la ya citada STC 1/2025 introduce una novedad relevante al perfilar, por primera vez de forma claramente diferenciada, los dos ejes de la libertad de creación: la libertad de expresión literaria y la libertad de expresión artística.

Centrando su análisis en el artículo 20.1 b) CE, el Tribunal parte en la citada resolución de una idea clara. La mención conjunta de la creación literaria, artística, científica y técnica en dicho precepto no implica la identidad de sus respectivos ámbitos de protección. Esta distinción resulta, en buena medida, conocida. La creación científica y técnica se caracteriza por la sujeción a métodos racionales y verificables. La creación literaria y artística, en cambio, carece de fronteras metodológicas estrictas y se vincula al ámbito de la creatividad y de la imaginación. Pero la sentencia no se limita a reiterar esta distinción tradicional.

El Alto Tribunal avanza un paso más y se adentra en la estructura interna de la libertad de creación. Si las libertades de expresión literaria y artística comparten un objeto común («la elaboración de una obra y su posterior divulgación, sea en forma de publicación o de exhibición»), no constituyen una realidad homogénea. Literatura y arte son disciplinas diferenciables. Responden a códigos expresivos distintos. Por ello, no resulta jurídicamente indiferente subsumir una obra en uno u otro ámbito.

²⁸ En la primera de estas resoluciones, la STC 1/2025, de 13 de enero, el Tribunal Constitucional aprecia la especial trascendencia constitucional del asunto por concurrir circunstancias que aconsejan que el Tribunal «profundice en su doctrina sobre la naturaleza, extensión y límites del derecho fundamental a la producción y creación literaria –doctrina que [...] no es abundante– y, en particular, [sobre] su interacción con el derecho fundamental al honor». Analizamos esta sentencia *infra*, en el apartado titulado «La libertad de expresión literaria».

En la segunda resolución, la STC 117/2025, de 13 de mayo, dictada por el Pleno, el recurso de amparo fue admitido al apreciarse que la controversia «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal». Analizamos esta sentencia *infra*, en el apartado titulado «La libertad de expresión artística».

²⁹ En esta materia, hasta 2025, destacan como pronunciamientos de referencia la STC 51/2008, de 14 de abril, sobre la novela «Jardín de Villa Valeria» de Manuel Vicent; y la STC 34/2010, de 19 de julio, sobre la suspensión de la emisión del docudrama televisivo «Sin Hogar».

En efecto, este deslinde conceptual va a tener consecuencias relevantes. Incide, en concreto, en la determinación de los límites de la protección que dispensa el artículo 20.1 b) CE. Así lo subraya expresamente la sentencia. En primer lugar, destaca la presencia de un discurso narrativo, «frecuente en la literatura», pero que «no comparece necesariamente en las múltiples expresiones del arte». En segundo término, pone el acento en el distinto papel que desempeñan el elemento ficcional y las referencias al mundo de la realidad. Estos pueden operar «con rigor como criterio de análisis de la obra literaria». En cambio, resultan «menos adecuados en el universo de la creación artística», caracterizado por la pluralidad de lenguajes, soportes y significados.

Precisamente porque el Tribunal Constitucional realiza esta distinción, el análisis que se desarrolla en este epígrafe abordará de manera separada la libertad de creación literaria y la libertad de creación artística.

1. *La libertad de expresión literaria*

Como ha afirmado Villaverde Menéndez (2012a: 120–150), «un límite de un derecho fundamental, sea cual sea su naturaleza, es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental». Dentro de la teoría general de los límites de los derechos fundamentales, a grandes rasgos, cabe distinguir entre los límites «inmanentes» o «internos» y los límites «externos» de tales derechos. En rigor, los límites internos constituyen «criterios de delimitación del objeto del derecho fundamental en cuestión». Por su parte, los límites externos «son aquellos creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución». De este modo, los límites internos no responden —a diferencia de los externos— a un acto de creación normativa, sino a una labor de concreción del contenido del derecho, que normalmente se realiza a través de la interpretación.

Centrándonos en los primeros, si la libertad de crítica se integra en el contenido protegido por la libertad de expresión, el insulto constituye un límite interno o inmanente de esta última. Y ello porque «quedan fuera de la protección del art. 20.1 a) CE aquellas expresiones que, en las concretas circunstancias del caso, sean absolutamente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas; es decir, las expresiones ofensivas que no guardan relación con las ideas u opiniones que se expongan o que resulten innecesarias para su exposición, toda vez que el referido precepto constitucional “no reconoce un pretendido derecho al insulto”» (así se reitera en la jurisprudencia más reciente, STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 4).

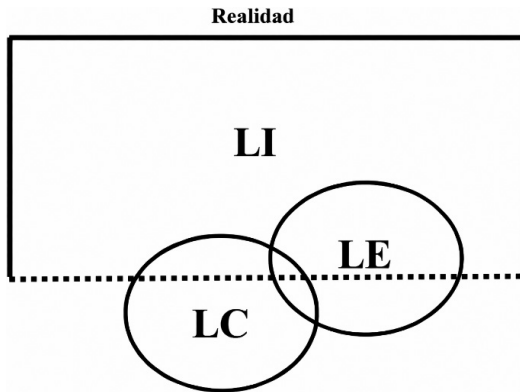
Señalado lo anterior, existen límites internos que derivan de la propia coexistencia con otros derechos fundamentales. Dicho de otro modo, un derecho fundamental no puede amparar vulneraciones de otras libertades de

igual importancia constitucional. Así las cosas, el propio apartado cuarto del precepto que proclama las libertades de expresión, establece que todas las libertades (opinión, información, creación y libertad de cátedra) «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». De acuerdo con ello, y siguiendo la lógica de la conocida teoría del abuso del derecho, nuestro constituyente ha configurado como límite, con singular atención, los derechos fundamentales personalísimos del artículo 18.1 CE (honor, intimidad y propia imagen). Ello implica que tales límites son indisponibles para nuestros operadores jurídicos. Cuestión distinta es determinar cómo han de protegerse cuando se produce un abuso de las libertades del artículo 20.1 CE. En la actualidad, esa protección se articula por la vía civil, mediante la LO 1/1982. También por la vía penal, a través del Título XI del Código Penal de 1995 (delitos de injurias y calumnias).

Comenzamos hablando de límites al abordar la libertad de creación literaria porque, desde un punto de vista jurídico, en el ámbito artístico no procede discutir el buen gusto, la calidad o el resultado final de una obra. El derecho a la libre creación y producción artística «hay que analizarlo desde una vertiente negativa o una operación final: desde los límites a la “libre” creación artística. En el ámbito jurídico, no habría quedado más remedio que definirlo a *sensu contrario*. Es decir, determinar aquello que no entraría dentro de un genérico espacio de libertad creativa, por su colisión o conculcación con otros derechos constitucionales. Por ende, todo lo demás, estará protegido por el artículo 20. 1 b) CE/78» (González-Hernández, 2025: 526).

Cuando el artista se expresa a través de mundos imaginarios o ficcionales, las controversias legales puramente morales carecen de respaldo constitucional. Salvo que la creación incurra en ilícitos específicos, como el discurso de odio, una democracia no debe caer en el error de censurar determinadas expresiones artísticas con el pretexto de proteger una suerte de «hipersensibilización» colectiva frente a ciertos contenidos (Villaverde Menéndez, 2019: 46).

Lo importante del asunto está entonces en el juego ficción-realidad del arte. Si bien pudiéramos decir que la ficción forma parte, por definición, del contenido constitucional de la libertad de creación artística y literaria, el recurso a la realidad actúa como punto de fricción. Explicado gráficamente quizá quede más clara la idea:



Como se puede apreciar en la imagen, las libertades expresivas protegidas en el artículo 20.1 CE participan de manera distinta de la realidad. La libertad de información (LI) aparece situada íntegramente dentro del marco de la «realidad» porque su objeto propio es la comunicación de hechos; esto es, de datos o acontecimientos presentados como susceptibles de contraste externo. De ahí que el ordenamiento constitucional le anude una exigencia específica, la veracidad (artículo 20.1 d CE), entendida no como una verdad material absoluta, sino como el resultado de una diligencia razonable de comprobación.

Al contrario, las libertades de expresión (LE) y creación (LC) mantienen una conexión solo parcial con la realidad. Por lo que respecta a la libertad de expresión, puede distinguirse, como sugiere el esquema, una doble dimensión. De un lado, una parte queda dentro del marco de la realidad: la base factual mínima sobre la que se apoya el discurso, es decir, los hechos o datos de referencia sin los cuales la valoración carecería de soporte. Por otro lado, la parte que queda fuera del marco de la realidad es el núcleo propio de esta libertad: el juicio de valor, la opinión o la valoración crítica, que pertenece al ámbito de la subjetividad. Precisamente por ello, esta segunda dimensión no es susceptible de verificación y, en consecuencia, no se somete al canon de veracidad, que resulta propio de la libertad de información. Cuando, como es costumbre, en la información confluyen descripción de hechos y opiniones, el ámbito de protección queda delimitado, respecto de esos elementos valorativos, por la ausencia de expresiones injuriosas que resulten innecesarias para el juicio crítico (STC 172/1990, de 12 de noviembre).

Y llegamos a la libertad de creación cultural. También aquí puede advertirse una relación particular con la realidad. Más aún. Existe, en primer lugar, una dimensión que queda fuera del marco de lo real, cuando la obra se nutre exclusivamente de un universo imaginario o ficticio, sin pretensión de referencia fáctica. Según muestra nuestro gráfico, en estos supuestos es cuando

cobra pleno sentido hablar de una libertad especialmente reforzada o *super-preferente*, en la medida en que el artista debe poder disfrutar de las máximas cuotas de autonomía creativa³⁰. Ahora bien, lo habitual es que la creación artística no sea ajena a la realidad, sino que parta de ella o se inspire en la misma. Utiliza acontecimientos, conflictos, personajes o experiencias reales. Pero no los reproduce como información.

«Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica» (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5). Hablamos en todo caso, y esto es lo relevante, de libertad de *creación*. Ello quiere decir que, aunque la realidad esté presente en la obra, el primer requisito para que hablemos del derecho fundamental protegido en el artículo 20.1 b) CE es que exista una creación. No se trata de reproducir el mundo, sino de reelaborarlo y transformarlo mediante recursos artísticos. Creaciones que, además, el ser humano ha de poder «transmitir en forma de cultura a sus coetáneos, así como [a quienes] les van sucediendo en el tiempo» (Prieto de Pedro, 2023: 51-55).

Pues bien, cuando un artista trabaja con la realidad empírica, pueden darse dos situaciones: 1) que la creación aluda de forma expresa a personas reales, identificadas con nombres y apellidos; o 2) que la obra se limite a tomar la realidad como fuente de inspiración, mediante referencias indirectas que, no obstante, pueden llegar a resultar identificables en determinados casos.

Es en estos dos supuestos cuando, como se ve en el esquema visual *ut supra*, pueden confluir al mismo tiempo libertad de creación, libertad de información y libertad de expresión. Y es también aquí donde aparece el problema jurídico: incluso cuando se actúa *por medio del arte*, la obra puede terminar afectando a derechos de terceros³¹.

En el primer supuesto (el autor se sirve de personas reales), surgida la controversia ante los tribunales, la operación jurídica, partiendo de una

³⁰ Sin constituir el objeto específico de la controversia constitucional que resuelve, la STC 1/2025, de 13 de enero, se pronuncia sobre este supuesto: «Dado que dentro de la creación literaria existen diferentes géneros y no todos ellos toman distancia en la misma medida y con la misma intensidad de la realidad, cabe entender que, cuanto mayor sea la elevación de la obra literaria sobre la realidad menor será su potencial ofensivo sobre los derechos de terceros que pudieran verse afectados. *Más aún, cuando dicha elevación se traduzca en la carencia absoluta de elementos referenciales –porque la obra se presente con rigor bajo el formato de una ficción pura y ofrezca mundos imaginarios y simulados–, [...] cabrá aceptar que estamos ante una obra que resulta inadecuada para lesionar los derechos de la personalidad de sujetos específicos»* (la cursiva es nuestra).

³¹ Es lo que el Tribunal Constitucional ha denominado problemática de la «referencialidad» (STC 1/2025, de 13 de enero, FJ 3 d).

presunción a favor del arte (sobre la que volveremos), ha de seguirse atendiendo al contenido. Esto es, si la obra imputa hechos, podrá exigirse una base fáctica suficiente (en términos de veracidad constitucional). Solo un autor de una obra de ficción podrá atribuir a una persona hechos imaginarios que, de ser verdaderos, menoscabarían su honor, bajo la condición de que un lector medio pueda reconocer el carácter ficticio de los mismos. Del mismo modo que si la obra contiene valoraciones, habrá de verificarse que la crítica no degenera en expresiones gratuitamente vejatorias con la clara finalidad de perjudicar el buen nombre (De Verda y Beamonte, 2011: 147).

El segundo supuesto de hecho (creación inspirada en la realidad) es el que resuelve la STC 1/2025, de 13 de enero. El caso trae causa de la publicación en la edición digital de un diario regional, dentro de su sección de ocio (subsección «cuentos de verano»), de un texto presentado como relato de ficción, de tono satírico, en el que se describían conductas de varios cargos públicos municipales (concejales), asociadas a corrupción, así como a situaciones potencialmente lesivas para la reputación. Con posterioridad, el mismo texto fue reproducido en una página web ajena al periódico y al autor, integrado dentro de un artículo genérico de denuncia política sobre la corrupción en la comunidad autónoma correspondiente.

La demandante, que con anterioridad había ejercido un cargo de concejala con competencias vinculadas a infraestructuras y obras en el ayuntamiento afectado, sostuvo que el personaje de la «concejala de obrillas» resultaba identificable con su persona para el público local y que el relato perjudicaba gravemente su buen nombre. En consecuencia, interpuso demanda civil de tutela de los derechos al honor e intimidad personal y familiar, solicitando la correspondiente condena, indemnización y publicación del fallo.

En escenarios como el descrito, señala el Tribunal Constitucional, el órgano judicial se enfrenta a los siguientes problemas: 1) verificar si la persona que se considera perjudicada está identificada «suficientemente» con el personaje; y 2) determinar si la conducta atribuida a dicho personaje «puede lesionar la reputación» de aquella (FJ 3 d). Se trata, en definitiva, de un razonamiento en cadena: la comprobación previa de la identificación persona-personaje y, únicamente si esta concurre, la realización del ulterior análisis (la ponderación de los derechos en conflicto).

La novedad está, entonces, en la primera fase: ¿qué permite apreciar la identificación entre personaje y persona real? Para saber si la obra literaria contiene «elementos precisos de referencialidad», el Tribunal Constitucional, guiándose por lo dispuesto en dicho asunto en apelación y en casación, propone los siguientes indicios: 1) la concurrencia de *rasgos físicos* o *psicológicos singulares* que permitan reconocer en el personaje a una persona concreta; 2) el *factor relacional*, referido a la coincidencia entre las relaciones

que el personaje mantiene en la obra y las relaciones reales de la persona afectada (de carácter sentimental, familiar, profesional, de amistad...); 3) los *actos, conductas* o *costumbres* atribuidos al personaje, cuando reproducen pautas de comportamiento conocidas de la persona real; 4) la *ocupación* o *profesión* desempeñada, en la medida en que coincida con la actividad de la persona afectada; 5) el *escenario* en el que se desarrolla la narración, atendiendo a la presencia de elementos espaciales que permitan identificar el lugar del relato con aquellos en los que efectivamente se desenvuelve la persona real; 6) la *dimensión temporal* de los hechos narrados, cuando estos se sitúan en un marco temporal coincidente con acontecimientos reales concretos; y; 7) la *identificación por parte de terceros*, apreciable a partir del reconocimiento del personaje como trasunto de una persona determinada por parte de personas externas a la obra.

A los anteriores indicios podría añadirse, pensamos, 8) la *generalización* o *tipificación* del personaje, cuando sus rasgos responden a un arquetipo reconocible y no a una individualización singular –como ocurre, por ejemplo, atendiendo al caso enjuiciado, con la figura del político corrupto–; y, relacionado con lo anterior, 9) la *posibilidad de sustitución del referente*, apreciable cuando el lector puede reemplazar mentalmente a la persona eventualmente aludida por otra distinta sin que el sentido del texto se vea alterado. Si, a partir de la descripción del personaje de corrupto, es posible asociarlo a más de una persona y el texto conserva plenamente su coherencia y mensaje, nos encontraremos ante un indicio de ficción.

En cualquier caso, no resulta suficiente la concurrencia aislada de uno solo de estos indicios. Es necesario, como remarca el Alto Tribunal en varias ocasiones en la sentencia comentada, que la identificación debe darse «de manera notoria y evidente»³².

2. La libertad de expresión artística

Ya dejamos apuntado que la STC 1/2025 introduce una novedosa distinción entre la libertad de expresión literaria y la libertad de creación artística.

³² En atención a los hechos que dieron lugar a la sentencia comentada, se aprecia una clara inclinación a salvaguardar la creación artística. Así, siendo política la demandante de amparo, al igual que el personaje de la obra literaria en cuestión, el Tribunal Constitucional concluye que «en los términos en que se realiza [la] descripción, *valorados en el contexto del conjunto del texto*, son insuficientes para permitir identificar a la recurrente con la “concejala de obrillas”» (la cursiva es nuestra). Del mismo modo, en lo relativo a la ubicación geográfica de la narración, aunque esta alude a «la rotonda», el hotel «Vanel», la plaza «Circular» y la «carretera vieja de Alicante», a juicio del Tribunal «ninguno de estos datos ofrece a un lector imparcial pistas para conocer si la historia sucede en Murcia, como alega la recurrente» (FJ 5).

Recordemos que, en palabras del Tribunal Constitucional, «arte y literatura son disciplinas diferenciables» y, entre otros aspectos, estas diferencias «se refieren a la presencia de un discurso narrativo –frecuente en la literatura pero que no comparece necesariamente en las múltiples expresiones del arte– o el alcance y relevancia en la obra del elemento ficcional y de las referencias al mundo de la realidad –*que puede operar con rigor como criterio de análisis de la obra literaria y, sin embargo, resulta menos adecuado en el universo de la creación artística*–».

No compartimos, y es lo primero que queremos señalar, la distinción propuesta por el Tribunal. ¿No es la libertad de expresión artística el género del que la literatura constituye una de sus manifestaciones? ¿Por qué habrían de considerarse poco adecuados los criterios utilizados para resolver los problemas de referencialidad cuando se trata de creación artística? ¿Puede afirmarse, con carácter general, que el arte, *lato sensu*, se desarrolla ajeno a la realidad?

El arte, al igual que la literatura, mantiene una relación constante con la realidad³³. Precisamente en este punto cobra especial relevancia la STC 117/2025, de 13 de mayo, la segunda de las resoluciones a las que aludíamos en este trabajo como particularmente novedosas en la interpretación del artículo 20.1 b) de la Constitución.

Dicha resolución trae causa de la condena penal impuesta al autor de una página web denominada *tourlaManada.com*, en la que se anunciaba un falso tour turístico por los lugares vinculados a una agresión sexual cometida durante los Sanfermines de 2016. Los órganos judiciales apreciaron que el contenido de la web instrumentalizaba el sufrimiento de la víctima, cosificándola y banalizando una experiencia traumática, con un impacto directo y acreditado en su integridad psíquica. Ello condujo a la condena del autor por un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 de nuestra ley penal, condena que fue confirmada en las sucesivas instancias y finalmente sometida a control constitucional mediante recurso de amparo.

La vinculación de los hechos descritos con la libertad de creación artística se explica en que el mensaje que el recurrente de amparo afirmaba pretender transmitir –la crítica al modo en que los medios de comunicación habían tratado el caso de «la Manada de Pamplona»– se articuló mediante una *performance* o actuación reivindicativa. En concreto, una web diseñada para simular la oferta del ya mencionado recorrido, incorporando como parte de la puesta en escena la venta de camisetas que reproducían la vestimenta de los agresores y de calcomanías que imitaban el tatuaje de uno de los condenados, buscando

³³ Y a la inversa: ¿cuántas obras literarias crean mundos puramente irreales o ficticios? Desde esta perspectiva, arte y literatura deberían poder someterse a los mismos criterios de análisis a la luz del artículo 20.1 b) CE.

provocar una reacción pública. De este modo, el Tribunal Constitucional incorpora en su jurisprudencia la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el arte performativo³⁴ y el activismo social y político³⁵.

Ya en la STC 34/2010, de 19 de julio, con ocasión de la suspensión judicial de la emisión de un docudrama, el Tribunal Constitucional introduce expresamente la idea de la «imbricación» entre la libertad de creación artística y otra de las libertades protegidas en el artículo 20.1 CE. Cuando el arte se alimenta de la realidad, no resulta exigible la creación de una obra por completo nueva. De esta forma, sostiene el Alto Tribunal, «los autores de la película y las entidades mercantiles recurrentes en amparo pretendieron realmente hacer llegar a los espectadores su versión e interpretación de unos hechos reales y recientes, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información». Como consecuencia de ello, aun estando la controversia centrada básicamente en el ejercicio del derecho a la libertad de información [artículo 20.1 d) CE], «a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual» (FJ 3).

Pues bien, en el supuesto del «tour de la Manada», el Tribunal Constitucional aprecia la concurrencia y el entrelazamiento de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 a) CE y de la libertad de creación artística del artículo 20.1 b) CE. A partir de esta premisa, el Tribunal realiza, en primer término, un recorrido por su propia doctrina y por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión cuando se proyecta sobre hechos de relevancia penal. Más específicamente, el juicio de constitucionalidad vino enfocado en la exigencia de los órganos judiciales de examinar, con carácter previo a la aplicación de la legalidad penal ordinaria, si el comportamiento enjuiciado constituye un ejercicio legítimo de un derecho fundamental. De no realizarse este examen preliminar, constituye

³⁴ Pueden citarse las sentencias del Tribunal europeo sobre «arte de acción» o la *performance* dictadas con ocasión de la exposición de ropa sucia en el exterior de un edificio gubernamental (*Tatár y Fáber c. Hungría*, 2012, § 41), de protestas en un monumento conmemorativo de guerra (*Sinkova c. Ucrania*, 2018, § 107, sin violación del artículo 10 CEDH) y, como ya se ha visto, de la interpretación de una canción política en una catedral (*Mariya Alekhina y otros c. Rusia*, 2018, § 206). Más reciente en el tiempo, abordada también *ut supra*, encontramos la STEDH *Bouton c. Francia* (2022), relativa a la condena penal de una activista por la realización de una *performance* militante consistente en exhibirse con el torso desnudo y consignas pintadas sobre el cuerpo ante el altar de una iglesia.

³⁵ Citada por el propio Tribunal Constitucional, sobre el activismo político y la legitimidad de la llamada al boicot, *vid. la STEDH Baldassi y otros c. Francia*, 2020, § 78.

doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que se produce, por sí misma, una vulneración de los derechos fundamentales que no hayan sido objeto de consideración.

Sentado lo anterior, aparecen en escena, en la línea marcada desde Estrasburgo, las «ideas vehiculadas a partir de una creación artística» (FJ 5); o, lo que es lo mismo, la protección del arte «en la medida en que vehicula ideas» (Díez Bueso, 2023: 157). ¿Qué elementos debieron haber valorado los tribunales de lo penal para determinar si, atendiendo al caso concreto, la actuación enjuiciada constituía un ejercicio legítimo de la libertad de expresión? El *medio empleado* y el *perfil del autor*.

En cuanto al primer elemento, dice el Alto Tribunal, «resulta reseñable que nos hallamos ante el enjuiciamiento de un mensaje emitido a modo de *performance* por lo que [...] debe entenderse como una forma de creación artística». A mayor abundamiento, la actividad artística en cuestión se enmarca «en una corriente cultural reivindicativa, alternativa o crítica (denominada *culture jamming* o sabotaje cultural en español), que se caracteriza por denunciar con ironía las contradicciones de lo que considera como “cultura dominante” y, en particular, el comportamiento de los medios de comunicación de masas».

Por lo que respecta al segundo, resulta igualmente crucial para la Corte constitucional —y también pasado por alto en la vía ordinaria— «la trayectoria previa del recurrente». En el proceso constaba que el demandante formaba parte de un colectivo denominado *Homo Velamine*, conocido por desarrollar acciones satíricas y paródicas. Entre ellas se incluyen la creación de la plataforma «FEA, Feministas con Esperanza Aguirre» o la campaña «Hipsters con Rajoy»; la asistencia a un mitin político disfrazados de clérigos, ampliamente difundida por los medios de comunicación, bajo el titular «Un cura y dos monjas simpatizantes de Podemos apoyan en Vistalegre a Pablo Iglesias»; la participación en una manifestación de apoyo a los condenados en el *procés* portando una bandera de España con el lema «Espanyols pel sí»; así como su presencia, travestidos, en una marcha en contra de la apropiación del concepto de mujer.

Si «la evolución del concepto del arte y su naturaleza profundamente abierta, dinámica y rupturista imponen que, en caso de duda, deba prevalecer un principio de *favor artis*» (Prieto de Pedro, 2023: 73); de igual forma, atendiendo a la condición de artista, ha de imponerse el criterio *in dubio pro artifice* (en caso de duda, a favor del artista). Ese perfil, el de artista, permite identificar, *prima facie*, las intenciones expresivas del creador.

El artista busca provocar, conmover, agitar conciencias, emocionar, abrir el debate, estimular la reflexión, incluso herir para despertar. Sin embargo, su creación no se dirige a la ofensa personal, sino a interpelar al público desde el símbolo, la exageración o la ironía. Juzgar una creación artística exige

comprender su propia lógica expresiva. Así, de forma similar a como los representantes de los medios de comunicación social gozan de un «derecho preferente» de acceso a la información derivado de su función constitucional de intermediación informativa (STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4), podemos hablar de «la necesidad de proteger al artista por encima de un individuo que, ocasionalmente, lleve a cabo una actividad próxima al arte» (Díez Bueso, 2024: 366). La aproximación al problema jurídico no puede ser la misma cuando quien recurre al arte es, por ejemplo, un periodista o un «jefe de opinión política del periódico» –como ocurría en la STC 1/2025–, que cuando lo hace quien cultiva alguna de las bellas artes o las nuevas formas del arte moderno. El artista es el principal actor en el aseguramiento de la libertad de expresión cultural.

No obstante lo anterior, queremos hacer una apreciación que consideramos importante: *no todo lo que hace un artista es arte* ni, en consecuencia, merece una protección constitucional más reforzada que la que reciben el resto de las libertades del artículo 20.1 CE. Si se ha defendido que la delimitación de la libertad artística debería atender, principalmente, al «plebiscito informal» de sus propios hacedores naturales –literatos, humoristas, pintores, músicos...– (Vázquez Alonso, 2023: 51–60), entendemos que la presunción que juega en favor del arte y del artista no puede concebirse sino como *iuris tantum*.

Esta cautela resulta especialmente pertinente en supuestos como el examinado en la STC 117/2025, en los que se invoca un pretendido *pacto de ficción sin ficción*. En el arte performativo, por lo general, «no existe el *pacto ficcional* entre el público y la obra (o la suspensión de incredulidad) que sí se encuentra ante la escenificación de una obra de teatro, o la proyección de una película» (Timón Herrero, 2023: 827).

Cuando arte y realidad se confunden, la interpretación favorable respecto al carácter artístico de la expresión y a la condición de artista de su autor puede desvirtuarse si se constata que se trata de *arte meramente aparente o simulado*. Ello ocurre, en particular, al invocarse el arte como coartada destinada a eludir la responsabilidad jurídica que puede derivarse de un discurso ofensivo o violento.

Resulta esclarecedora en dicho sentido la decisión del 20 de septiembre de 2022 del Tribunal europeo en el asunto *Jorge López c. España* (rapero del grupo *La Insurgencia*). La Corte europea estimó, al igual que habían hecho previamente los tribunales españoles, que las letras de sus canciones podían considerarse un llamamiento directo o indirecto o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Más concretamente, a través de la música, se sugería directamente a herir o matar a políticos, a jueces, a policías, a los ricos, a la familia real y a quienes se percibiera como oponentes ideológicos. Así las cosas, el TEDH consideró que las declaraciones del cantante fueron

mucho más allá de lo que podría percibirse como «canciones de protesta», como las describió el demandante, y de los límites aceptables de la crítica (§§ 17-19).

Con posterioridad, en el ya trabajado asunto *Pablo Rivadulla Duró c. España* (rapero *Pablo Hasel*), la Corte europea vuelve a avalar la sanción penal impuesta por el Estado español, en este caso por calumnias dirigidas contra el rey emérito Juan Carlos I a través de una canción. El Alto Tribunal europeo consideró relevante que el rap fuera escrito y grabado con anterioridad a su publicación en el vídeo titulado «Pablo Hasel,,,,, Juan Carlos el Bobón», lo que le permitió concluir que las afirmaciones controvertidas fueron el resultado de un proceso de reflexión y elaboración (§ 47).

También resulta pertinente traer a colación la STC 35/2020, de 25 de febrero, sobre la condena por enaltecimiento al terrorismo impuesta a César Montaña Lehman, cantante y letrista de los grupos de rap-metal *Def Con Dos* y *Strawberry Hardcore*. Al basarse en este caso el castigo penal únicamente en los tuits publicados por el cantante, el juicio en sede constitucional se centró exclusivamente en evaluar la sentencia condenatoria de acuerdo con las exigencias derivadas de la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE³⁶.

³⁶ Por el contrario, la Sentencia núm. 20/2016, de 18 de julio, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que absolvió al recurrente en amparo del delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP) por el que venía siendo acusado, declaró como hechos probados los siguientes: «César Montaña Lehman, mayor de edad y sin antecedentes penales, es cantante y letrista de los grupos de rap-metal *Def Con Dos* y *Strawberry Hardcore*. Asimismo, ha publicado cinco novelas y ha desarrollado una actividad relevante en el ámbito del cine y la televisión como guionista, actor, director y productor, siendo también colaborador habitual en distintos medios de comunicación escritos y audiovisuales. Las letras de sus canciones presentan un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, recurriendo a elementos propios de los relatos de terror y acción para vehicular el mensaje subyacente. En sus manifestaciones artísticas mantiene una actitud crítica frente a la realidad social y política, procurando que el público comprenda el carácter metafórico y ficticio de sus obras, cuyo contenido de fondo es siempre pacífico y exclusivamente cultural [...]».

La trayectoria artística del acusado resultó, de este modo, determinante para que la Audiencia Nacional concluyera que los mensajes difundidos («el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco», entre otros) no perseguían la defensa de los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas.

A la anterior argumentación el Tribunal Constitucional parece hacer un guiño en el fundamento jurídico 5 de la STC 35/2020. En el mismo se indica que, en casación, no se ponderó de manera suficiente la intención de los mensajes, al no prestarse la debida atención, entre otros factores, a «la trayectoria profesional como artista y personaje influyente» del recurrente de amparo.

Con todo, volviendo al supuesto examinado en la STC 1/2025 (el falso tour de la Manada), el Tribunal Constitucional toma en consideración diversos elementos que, a la luz de las circunstancias concretas, resultan determinantes para advenir la finalidad artístico-reivindicativa: en el portal web «tourlaManada.com» aparecía el logo titularidad del Gobierno de Navarra en contra de la violencia de género; el portal web permaneció activo y disponible en internet tan solo tres días; posteriormente, el contenido de la web fue eliminado y sustituido por un desmentido titulado «El día en que los medios de comunicación se retrataron a sí mismos»³⁷. De este modo, la presunción va a quedar confirmada.

En suma, y a modo de cierre, en un contexto temporalmente próximo a la controversia suscitada por el libro *El odio* –al que dedicábamos las primeras líneas de nuestra investigación–, esta jurisprudencia fija criterios interpretativos decisivos para asuntos de «sustrato [...] polémico y poliédrico a partes iguales» (Álvarez Rodríguez, 2025). Queda, sin embargo, mucho que concretar en un terreno inevitablemente casuístico, en el que los *supuestos-límite* seguirán poniendo a prueba la consistencia y previsibilidad de esos criterios.

IV. CONCLUSIONES

La reciente jurisprudencia constitucional sobre la libertad de creación literaria y artística ha marcado un punto de inflexión en la interpretación del artículo 20.1 b) CE. Por ello, además de las conclusiones ya expuestas a lo largo de este trabajo, queremos en estas últimas páginas apuntar algunas líneas de desarrollo futuro orientadas a reforzar la protección de la libertad de creación cultural. Las SSTC 1/2025 y 117/2025 representan, sin duda, un avance significativo, pero también dejan abiertas cuestiones que reclaman respuestas acordes con la función estructural que el arte y la cultura desempeñan en el Estado democrático. Esta exigencia interpela a los operadores

³⁷ El autor de la web, tras exponer la cobertura mediática que recibió su página durante esos días, afirmaba: «¿qué es verdad y qué es mentira? [...] En el auge de las noticias falsas, uno de los pilares de la erosión de nuestra sociedad, los medios tienen que estar a la altura, atrapados entre su código deontológico y la necesidad de obtener *clicks* para vender publicidad en un mundo en el que la actualidad es totalitaria y el Pueblo se ha hecho con el control en volumen de los canales de comunicación a través de las redes sociales. Es la Edad de la Opinión, donde no importa qué es verdad o no: todo es cierto si hay una masa suficiente de personas dispuestas a creerlo. Y cada individuo necesita diariamente la ración de Grasa informativa para poder reforzar su visión del mundo. Nada que no supiéramos, pero que ahora ha quedado demostrado. Nada más. Gracias por llegar hasta aquí. Gracias por leer esta cínica crítica que no propone soluciones. Gracias por ser parte de esta campaña de marketing viral (¿de quién?) que hemos ideado para venderte nuestra Grasa. Gracias por creer en la contradicción. Gracias por tu *click*».

jurídicos españoles, pero también, y de forma especialmente relevante, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habida cuenta del proceso de apertura interpretativa que impone el artículo 10.2 CE respecto de su jurisprudencia. En este sentido, la STC 117/2025 puede entenderse como una recepción interna de la doctrina emanada de Estrasburgo en relación con mensajes relativos a cuestiones de interés público y que forman parte del debate social, el activismo y la *performance*. Como recoge la propia resolución, «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado precisiones de interés en asuntos en los que se transmiten ideas vehiculadas a partir de una creación artística». Una jurisprudencia con la que, según reconoce el propio Tribunal Constitucional, su doctrina se ha situado «en sintonía» (FJ 5).

Lo anterior nos lleva de manera inevitable a preguntarnos si desde las principales resoluciones dictadas en la materia –STC 51/2008, de 14 de abril, sobre la novela *Jardín de Villa Valeria*, de Manuel Vicent; y STC 34/2010, de 19 de julio, sobre la suspensión de la emisión del docudrama *Sin Hogar*–, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de volver a pronunciarse de manera contundente hasta 2025, o si la falta de criterios suficientemente precisos en la jurisprudencia del TEDH sobre la expresión artística ha dificultado la labor de nuestra justicia constitucional.

Así las cosas, en primer lugar, consideramos imprescindible consolidar la autonomía conceptual de la libertad de creación cultural –literaria y artística– frente a las libertades de expresión e información. Como se ha intentado demostrar en este trabajo, el arte no puede quedar subordinado a categorías discursivas y racionales que no responden a su lógica propia. La protección reforzada de la creación artística no debe depender exclusivamente de que la obra vehicule un mensaje político o social reconocible.

Resulta necesario, en este sentido, superar la tendencia que Valero Heredia (2023: 349–351) identifica en su excelente análisis sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y la consideración del discurso artístico pornográfico como *low-value speech*. Conforme a dicha lógica, se habría privilegiado la protección del discurso que apela al intelecto o a la razón, frente a aquel que busca estimular una dimensión no racional o no cognitiva del individuo, a través de sus pasiones o emociones. El valor constitucional del arte trasciende su utilidad comunicativa. Enriquece el pluralismo cultural, contribuye al desarrollo de la personalidad y constituye un ámbito esencial para la construcción de una sociedad libre y plural. Esta autonomía debe traducirse en criterios interpretativos específicos que atiendan a la naturaleza simbólica, metafórica y ficcional de la creación artística.

En segundo término, creemos necesario profundizar en la articulación entre libertad de creación y cultura como garantía institucional. Como tempranamente afirmó el Tribunal Constitucional, «allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural» (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6). Si las

libertades reconocidas en el artículo 20.1 b) CE contribuyen a garantizar la cultura, esta función debe traducirse en consecuencias jurídicas concretas. Al menos, en dos planos.

El primer plano es negativo o defensivo. Los poderes públicos deben abstenerse de interferir indebidamente en el proceso creativo. En esta línea, proponemos una pauta de enjuiciamiento diferenciada. Si, en el ámbito de la libertad de información, la pregunta decisiva es si la información que se ha dado a conocer es veraz; y si, en el ámbito de la libertad de expresión, debe valorarse si las opiniones resultan ofensivas por sí mismas y si contribuyen a la formación de una opinión pública libre; cuando se trata de libertad de creación artística, la cuestión central debería ser otra: *si del discurso artístico se desprende interés cultural*. Si la respuesta es negativa, se abren dos posibles escenarios: bien someter el discurso a los cánones propios de los artículos 20.1 a) o 20.1 d) CE; bien entender que, aun entrando formalmente en el ámbito del artículo 20.1 b) CE, puede prevalecer el derecho o interés constitucional contrapuesto.

El segundo plano es positivo. Los poderes públicos deben asumir deberes de promoción de la diversidad cultural y garantía de acceso de la ciudadanía a la producción artística y literaria. Esta parcela se proyecta sobre las políticas públicas de fomento, el apoyo a la creación y la preservación del patrimonio cultural. Se aprecia así la necesaria conexión entre los derechos de libertad reconocidos en el artículo 20.1 b) CE y los mandatos prestacionales vinculados a la cultura, principalmente recogidos en el artículo 44.1 CE.

En tercer lugar, la definición de los límites de la libertad de creación exige criterios claros y previsibles que permitan llevar a cabo adecuadamente su ponderación con los derechos con los que pueda entrar en conflicto. Los indicios de referencialidad propuestos por la STC 1/2025 constituyen un instrumento útil para determinar cuándo nos encontramos verdaderamente ante una colisión entre los derechos de la personalidad y la libertad de creación. A esos indicios que permiten determinar si una persona real ha sido incorporada, sin su consentimiento, a alguno de los personajes de una obra, cabría añadir, en nuestra opinión, la técnica de *la generalización o tipificación del personaje*. Se trataría de comprobar si su descripción responde a un arquetipo reconocible, y no a una individualización singular. También resultaría relevante la posibilidad de *sustitución del referente*, apreciable cuando el público puede reemplazar mentalmente a la persona eventualmente aludida por otra distinta sin que el sentido de la obra se vea alterado. En cualquier caso, todos los indicios deben aplicarse desde una presunción favorable al arte.

Asimismo, la valoración de la intención del creador y del contexto expresivo —como establece la STC 117/2025— debe convertirse en *un juicio preceptivo* que evite la aplicación mecánica de tipos penales o responsabilidades civiles sin consideración de la naturaleza artística de la expresión. Lo determinante es que

el contexto de la obra y su resultado final permitan apreciar que nos hallamos ante el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, teniendo en cuenta, para ello, las especificidades propias de la creación artística.

En cuarto término, la protección de la libertad de creación debe extenderse también a los nuevos formatos y manifestaciones del arte contemporáneo. La *performance*, el arte digital y otras formas de expresión cultural emergentes merecen la misma tutela que las expresiones artísticas tradicionales. Los tribunales deben estar preparados para reconocer el carácter artístico de manifestaciones que desafían los cánones establecidos, aplicando un criterio *in dubio pro artifice* (en caso de duda, debe optarse por la solución más favorable al artista) que respete la evolución constante del fenómeno cultural.

Con todo, la protección constitucional de la libertad de creación exige avanzar hacia mayores niveles de seguridad jurídica. Se trata, en definitiva, de culminar, de una vez por todas, el primer paso dado por el constituyente español en 1978, al reconocer de forma autónoma las libertades creativas en el artículo 20.1 b) CE. Esta tarea, pese a su complejidad, no puede seguir aplazándose. Aunque la doctrina constitucional de 2025 permite ya formular algunas hipótesis, su consolidación exige todavía mayor precisión, al menos, en torno a cuatro cuestiones: qué criterios jurídicos permiten determinar cuándo una obra merece ser considerada artística; qué sujetos gozan de la presunción favorable al arte y si esta opera con la misma intensidad respecto de todos los ciudadanos o de forma reforzada respecto de quienes actúan como artistas o creadores; qué licencias creativas permiten atenuar, en su caso, la ofensividad de determinados discursos artísticos; y cuál es el nivel de protección aplicable a la libertad de creación artística, esto es, si coincide con el de la libertad de expresión, si merece una protección superior o *superpreferente*, y en qué supuestos puede apreciarse.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Rodríguez, Ignacio. 2025. «La libertad artística ampara al creador del falso Tour de La Manada. Apuntes en torno a la STC 117/2025, de 13 de mayo», *Diario LA LEY*, n.º 10770: 1–8.
- Antonino de la Cámara, Mar. 2021. «La cultura en tres jurisdicciones europeas: excepción, derecho y garantía institucional». En *Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Internacional: sinergias contemporáneas*, coord. Nurria Saura i Freixes, 349–367. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2025. «Pluralismo y derecho a participar en la vida cultural: una interpretación deliberativa del artículo 44.1 CE». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 56 (monográfico dedicado a los derechos y nuevas realidades): 529–558.
- Bueno Biot, Álvaro. 2026. «La nueva doctrina constitucional sobre el reportaje neutral respecto de la publicación de noticias procedentes de agencias de informa-

- ción: un análisis a raíz de la STC 62/2025, de 11 de marzo». *Derecho Privado y Constitución*, n.º 48: 93–132.
- Cidoncha Martín, Antonio. 2009. «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23: 149–188.
- De Verda y Beamonte, José Ramón. 2011. «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad». *Derecho Privado y Constitución*, n.º 25: 137–174.
- Desdentado Daroca, Eva. 2023. «La cultura en la Constitución: valores, principios, derechos y distribución competencial. La organización administrativa para la cultura. La posición de las ICC en sus relaciones con la Administración». En *El marco legal de la cultura y la creación artística. Un estudio interdisciplinar*, coordinado por Eva Desdentado Daroca, 45–68. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Bueso, Laura. 2023. «Libertad de expresión y de creación artística en Estados Unidos y Europa: límites y censuras». En *Libertad, arte y cultura: Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 123–163. Madrid: Marcial Pons.
- 2024. «La libertad de creación artística en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿un derecho autónomo con un régimen jurídico propio?». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53: 349–369.
- Flores Giménez, Fernando. 2025. «Leer como derecho humano (una primera aproximación)». *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n.º 52: 43–77.
- Gómez Sánchez, Yolanda. 2020. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*. 5.ª ed. Madrid: Sanz y Torres.
- González-Hernández, Esther. 2024. «Moda, imagen y Derecho en España: protección constitucional, retos y futuro». *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. Ensayos*, n.º 217: 169–189.
- 2025. «El derecho a la libre producción y creación artística del 20.1, B) CE/78: empezando por el final para comenzar por el principio», en *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo. Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez*, coord. por Francisco Balaguer Callejón, Carlos Vidal Prado y Cristina Elías Méndez, 513–533. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grimalt Servera, Pedro. 2011. «La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)». *Derecho Privado y Constitución*, n.º 25: 97–136.
- Lucas Verdú, Pablo. 2009. «Sobre los valores». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23: 117–132.
- Montilla Martos, José Antonio. 2021. «La libertad de expresión». En *Manual de Derecho Constitucional. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, volumen II, coordinado por Francisco Balaguer Callejón, 237–270. 16.ª ed. Madrid: Tecnos.
- Polacchini, Francesca. 2018. *La libertà di espressione artistica. Limiti giuridici e politicamente correct*. Prima parte. Bologna: Paolo Emilio Persiani.

- Prieto de Pedro, Jesús José. 2023. «La creación jurídica de la libertad de creación artística». En *Libertad, arte y cultura: Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 49–88. Madrid: Marcial Pons.
- Rufo Rubio, Irene. 2025. «Entre la rima y la ofensa. Reflexiones sobre la protección penal de la Corona y la libertad de expresión artística». En *El estatuto jurídico privado y penal de la Jefatura del Estado en la Monarquía Parlamentaria Española*, coordinado por Cristina Cazorla González y José Ancor Viera González, dirigido por Juan Ramón Rodríguez-Drincourt Álvarez y Dulce María Santana Vega, 279–310. Valencia: Tirant Monografías.
- Serra Cristóbal, Rosario. 2023. «Noticias falsas (fake news) y derecho a recibir información veraz. Dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo». *Revista de Derecho Político*, n.º 116: 13–46.
- Solozábal Echavarría, Juan José. 1991. «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71 (enero–marzo): 87–109.
- Tajadura Tejada, Javier. 1997. «La Constitución cultural». *Revista de Derecho Político*, n.º 43: 99–134.
- 2019. «Estado y derechos fundamentales: reflexiones en el cuadragésimo aniversario de la Constitución de 1978». *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales* 9, n.º 1: 69–82.
- Teruel Lozano, Germán. 2025. «El caso de “El odio”: libertad, censura y protección de las víctimas». *Letras Libres*, 24 de marzo de 2025. Consultado el 14 de octubre de 2025. <https://letraslibres.com/politica/el-caso-de-el-odio-libertad-censura-y-proteccion-de-las-victimas/24/03/2025/>
- Timón Herrero, Marta. 2023. «A vueltas con la *performance*: la insuficiencia del elemento ficcional en la jurisprudencia». En *Libertad, arte y cultura: Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 811–841. Madrid: Marcial Pons.
- Urías Martínez, Joaquín. 2020. «La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 46: 343–370.
- Valero Heredia, Ana. 2023. «Sexo, arte y pornografía». En *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 343–372. Madrid: Marcial Pons.
- Vázquez Alonso, Víctor Javier. 2023. *La libertad del artista: censuras, límites y cancelaciones*. Sevilla: Athenaica Ediciones.
- Vera Santos, José Manuel. 2025. «Libertad de información veraz y manipulación algorítmica». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 120: 85–129.
- Villaverde Menéndez, Ignacio. 2012a. «Los límites a los derechos fundamentales». En *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 120–150. Madrid: Tecnos.

- 2012b. «Objeto y contenido de los derechos fundamentales». En *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 103–119. Madrid: Tecnos.
- 2019. «Encuesta sobre la libertad de expresión». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 44: 13–73.