



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**LIBERTAD ARTÍSTICA EN EL ARTE OBSCENO**

**Análisis en perspectiva comparada**

**(USA, Inglaterra, Colombia)**

**ARTISTIC FREEDOM IN THE OBSCENITY ART**

**Analysis in comparative perspective**

**(USA, England, Colombia)**

**Mayra Alejandra Sánchez Rodríguez**

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho

Bogotá, Colombia

2013



# **LIBERTAD ARTÍSTICA EN EL ARTE OBSCENO**

**Análisis en perspectiva comparada**

**(USA, Inglaterra, Colombia)**

**Mayra Alejandra Sánchez Rodríguez**

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

**Magister en Derecho con profundización en Derecho Constitucional**

Director:

Doctor Camilo Alberto Borrero García

Revisor:

Doctor Oscar Mejía Quintana

Línea de Investigación:

Estudios de arte y derecho

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho

Bogotá, Colombia

2013







*“Obsérvese que dentro del campo moral, abstraído de la realidad política, se podría alegar que pervive la posibilidad legal de abstenerse de seguir el camino de la libertad impulsada por la ley. Es cierto, puedo escoger jugar mi propio juego (si busco encontrar mi propia verdad en otros nidos de la vida, en otros paisajes del alma) y asumir los riesgos colaterales que ello implica, puedo dedicarme a cuidar un cerezo, sin molestar al hacerlo ni a persona ni a propiedad, contemplarlo, dibujarlo, encontrar en ello el éxtasis de mi libertad, incluso el Estado me garantiza la propiedad, pero la libertad moral se reduciría a escoger entre hacer parte del sentido de libertad legal o morir de hambre, ni siquiera por mis ideas, sino por mis gustos. Ciertamente, puedo compensar la falta de logros materiales e intelectuales, que se me niegan al no seguir el camino iluminado por la ley, suprimiendo espiritualmente su necesidad con la idea búdica de que lo que no puedo obtener no me hace falta”.*

Ricardo Sanín Restrepo. Libertad y Justicia Constitucional.



***A mis padres (Gilberto Sánchez Parra, Dora María Rodríguez Parra) y mi  
hermanita (Angélica Sánchez Rodríguez).  
Especialmente a mi papá, el hombre más  
maravilloso que conozco, mi único lector, mi  
mejor lector.***

***A mi abuela (Rosa Elena Parra) que sin saber nada del tema siempre me  
preguntaba cómo iban mis estudios y me encomendaba a Dios.***

A todos los que bajo un café tuvieron que aguantar  
mi conversación monotemática sobre esta tesis.

A mi director de tesis (Prof. Camilo Borrero) por  
permitirme perderme en la elaboración de esta  
tesis.



## Resumen

Este trabajo de grado consiste en una aproximación a la relación derecho y arte desde la libertad artística, bajo el cargo específico de obscenidad en el arte; se trata de la comprensión de un derecho a través de un límite en particular, pero más que por el derecho mismo, por lo que este deja al descubierto frente a la relación derecho y arte.

Siguiendo con la crítica que los estudios de derecho y arte hacen a las formas tradicionales de asumir los límites jurídicos al arte, como no problemáticos, esta tesis tiene la necesidad de poner en evidencia la complejidad de este derecho y lo que está en juego en el mismo, que va más allá del derecho de libertad artística, con el significado político que pueda tener, hacia definiciones sobre qué es lo artístico, quien define esto, cuál es la capacidad del arte para amenazar el *status quo*, qué capacidad tiene el derecho para comprender el movimiento postmoderno en el arte, etc.; por lo que más que una conceptualización de qué significa la libertad artística, cómo está configurada o quiénes son los sujetos de este derecho, se trata de problematizar la relación derecho y arte a partir de dicha libertad, y el entendimiento de esta a través de la libertad de expresión, usando en esta oportunidad el cargo específico de obscenidad.

**Palabras clave:** Derecho y Arte, Libertad Artística, Obscenidad en Artes, Arte Transgresor, Libertad de expresión en artes.

## Abstract

This work is an approach to the relationship between the Law and the Arts since the Artistic Freedom, using the specific charge of obscenity in arts; It is the comprehension of one freedom through a particular limit but not mainly because this freedom but for the relationship between the Law and the Arts.

Continuing with the critics that the studies of law and image have made to the traditional form of manage the juridical limits in art, as not problematic, this work have the need to show the complexity of that right and what is involved, this go beyond the artistic freedom, including the politic meaning inside of this right, to the question about what is the artistic in law, who determined this, what is the power of the art to risking the *status quo*, what is the law's capacity to understand the postmodern art, etc. It is because this work is not focus in the conceptualization or the meaning of the artistic freedom, neither the configuration or the subjects in that right, this work try to problematizing the relationship between law and art using the artistic freedom, and problematizing the comprehension of this right through the freedom of expression, using in this case the specific charge of obscenity

**Keywords:** Law & Art, Artistic Freedom, Obscenity in Arts, Transgressive Art, Postmodernism, Freedom of expression in the arts.

# Contenido

	Pág.
Resumen .....	XI
Introducción .....	1

## PRIMERA PARTE: Libertad Artística

<b>1. Más allá del derecho: las tensiones implícitas en la libertad artística</b> ¡Error! Marcador no definido.	
1.1 Tensión Arte-Derecho .....	7
1.2 El arte entendido como un bien que debe ser subsidiado .....	9
1.3 El arte transgresor y su importancia .....	13
1.4 Los límites del arte .....	18
1.5 El lugar de la libertad de expresión y cómo afecta la visión del arte .....	22
<b>2. Justificación del derecho de Libertad Artística</b> .....	<b>27</b>
<b>3. Libertad Artística en las Cortes Internacionales de Justicia</b> .....	<b>33</b>
3.1 Libertad Artística en la Corte Europea de Justicia .....	33
3.2 Libertad Artística en la Corte Interamericana de Justicia .....	46
<b>Conclusiones de la Primera Parte</b> .....	<b>52</b>

## SEGUNDA PARTE: Libertad Artística del Arte Obsceno

<b>Justificación de la escogencia del cargo de obscenidad</b> .....	<b>57</b>
<b>1. Justificación de la libertad artística en el arte obsceno</b> .....	<b>59</b>
<b>2. Los inicios de los juicios por obscenidad</b> .....	<b>63</b>
2.1 Los inicios en Inglaterra .....	64
2.2 Los inicios en Norteamérica .....	71
2.1 Los inicios en Colombia .....	74
<b>3. Los test de obscenidad</b> .....	<b>82</b>
3.1 El test Hicklin .....	83
3.2 El test Ulises .....	89
3.3 El test del Acta de Publicaciones Obscenas de 1959 .....	90
3.4 El test Roth .....	95
3.5 El test Miller .....	¡Error! Marcador no definido.9
<b>4. Batallas del arte obsceno en los 80's y los 90's</b> .....	<b>106</b>
4.1 Estados Unidos .....	106
4.1.1 La sexualidad infantil .....	108
4.1.2 La lucha entre las feministas .....	¡Error! Marcador no definido.3
2.3.1 La financiación del arte obsceno y la Libertad Artística	¡Error! Marcador no definido.5
4.2 Inglaterra .....	127
4.2.1 Aretes con fetos humanos .....	129

4.3	Colombia.....	132
<b>5.</b>	<b>Dos batallas contemporáneas del arte obsceno .....</b>	<b>57</b>
5.1	El baile nudista reclama ser arte (Norteamérica) .....	143
5.2	Pornografía no fotográfica. Los límites de lo real y lo ficticio (Inglaterra) ....	148
	<b>Conclusiones de la Primera Parte .....</b>	<b>157</b>
<b>6.</b>	<b>Conclusiones Analíticas.....</b>	<b>161</b>
	<b>Bibliografía .....</b>	<b>171</b>



Balthus, Estudio para la lección de guitarra  
1934, Lápiz sobre papel  
Colección de arte Banco de la República







# Introducción

Los autores coinciden, en que la comunicación entre arte (literatura, teatro, cine, etc.) y derecho, parece ser más fluida, que entre derecho y arte. El arte desde largo tiempo atrás se ha servido del derecho como tema de inspiración, al igual que de todos los temas que comprometen al hombre, en los que el derecho ocupa un papel central. Las razones para esta falta de interés del derecho por el arte pueden ser múltiples; entre las que se encuentra la señalada por Tamarit (2009):

En otro orden, parece incuestionable el interés que despierta un proceso penal o un centro penitenciario en el novelista, el dramaturgo y el cineasta. Sin embargo, el atractivo que puede tener la ruta contraria, el interés del jurista, en tanto que jurista, por el arte, es algo que en la actualidad demanda mayores explicaciones, pues la tentación de encerrarse en el perfeccionamiento dogmático de un sistema de conocimientos propios del sector jurídico no facilita que puedan ser apreciadas las aportaciones del lenguaje artístico que nos pueden enriquecer como profesionales teóricos o prácticos. (p.25)

Esta sospechosa apatía del derecho y del jurista hacia el arte, se ha convertido para aquellos que han querido estudiarla, en una pista importante, tanto para conocer la racionalidad que está implícita en el derecho, en el sentido de ser logocéntrico, iconoclasta, instrumentalista, etc., como en enseñarnos las dificultades que tiene nuestro derecho actual para entender fenómenos como la posmodernidad artística. De modo que indagar por la relación derecho y arte, permite entender el derecho actual, evidenciar sus carencias, y más aún, vislumbrar un derecho por venir; desde esta perspectiva, los estudios de derecho y arte, se convierten en críticas radicales al derecho.

Dentro de la aproximación al arte en el derecho, existen un sinnúmero de tópicos: el que plantea esta tesis es un tópico común. La libertad artística es una de las manifestaciones más fácilmente identificables si pensamos en la relación arte y derecho, aún así, no es un tema estudiado en nuestro medio, solamente se encuentra alusión a ésta en textos relacionados con la libertad de expresión, sin que se le haya reconocido por la dogmática nacional e internacional, su autonomía y particularidad. Es un tema fundamental, además, como terreno de lucha por excelencia donde se encuentra el arte y lo jurídico, y se definen temas cruciales como: ¿Qué tipo de arte merece protección?, ¿Hasta dónde llega la libertad del artista?, ¿Quién define qué es lo artístico?, etc.

Deliberadamente se dio el nombre de libertad artística a este derecho, evitando el más generalizado de libertad de expresión artística. En la medida que esta tesis intenta problematizar el entendimiento que se ha hecho de este derecho a través de la libertad de expresión, resultaba mejor darle un nombre que no haga directa alusión a la misma;

se pensó también, en usar el de libertad de creación artística (como la llama el autor chileno Tomas Vial Solar), pero tuvo que ser rechazado debido a que podría llevar al equivoco de que se trataba de un derecho unilateral del artista, que no incluye la audiencia o la ciudadanía en general. Al igual que la libertad de expresión, es mejor entender esta libertad como un derecho de múltiples vías pero sin los equívocos a que ha llevado su equiparación con la libertad de expresión, por lo que se optó por el nombre de libertad artística.

La tesis encontró el primer obstáculo, en el hecho de hablar de libertad artística sin especificar qué es el arte, desde el inicio se renunció a cualquier intento por conceptualizar a éste, ya que hacerlo sería caer en la misma crítica y reto que el arte postmoderno hace al derecho. Esta aceptación da coherencia frente a un acercamiento que quiere ser crítico de la posibilidad que tiene el derecho para entender lo artístico, pero se constituye en un problema metodológico al momento de definir un objeto de estudio. La estrategia usada fue, en principio, pensar en una categoría amplia de arte, que incluía literatura, cine, performance, danza, etc.; pero sobre todo, centrarse en que lo discutido en las sentencias fuera ese estatus de artístico en lo obsceno. No se pretende que, en efecto, se hayan abordado todas las formas de arte que plantean retos para lo obsceno, pero sí evidenciar que esta falta de definición de lo artístico como característica del arte actual, es una de las diferencias del arte frente a un derecho que intenta escapar a lo ambiguo.

Se escogió la perspectiva comparada, por tratarse de un derecho de desarrollo jurisprudencial, marcado por las particularidades del entorno y coyunturas artísticas y sociales. Se eligieron dos países de habla inglesa<sup>1</sup>, en consideración a que se quería tener acceso directo a la información, tanto a las sentencias como fuente primaria, como a la discusión académica; de otra parte, aunque la lucha contra la obscenidad es una reacción principalmente angloamericana, existen diferencias históricas, jurídicas y artísticas que aconsejaron esta selección: Norteamérica es, posiblemente, el país donde más ha tenido lugar la vanguardia y la posmodernidad artística, es también el país donde se han librado las batallas jurídicas más importantes en materia de libertad artística y, finalmente, es el país donde la Primera Enmienda que protege la libertad de expresión, juega un papel político muy importante. De otro lado, Inglaterra es el país donde tuvo lugar el victorianismo como época donde se comienza a evidenciar una separación entre lo sexual y lo religioso, es un país donde la libertad de expresión cambió recientemente su configuración con la incorporación del Acta de 1998, dejando de ser una libertad residual. También Inglaterra representa el modelo de Estado en que es evidente la cercanía con la Iglesia, es un ejemplo de lo que son los modelos europeos en materia de libertad artística y, finalmente, es en la actualidad uno de los países donde jurídicamente se evidencia un miedo profundo a las imágenes, no sólo sexuales, sino a las del discurso

---

<sup>1</sup> Frente a las citas que se hacen de material en inglés, se debe aclarar que se trata de traducciones libres y echas de manera personal por alguien que no tiene conocimiento en técnicas de traducción, con un manejo elemental del idioma inglés.

del odio, etc. Finalmente, Colombia es el país donde esta tesis se desarrolla, y es un buen ejemplo de lo que constituye la libertad artística en Latinoamérica, donde en general el tema de la obscenidad no ha tenido mayor relevancia pero se comienza a conceptualizar una libertad artística.

La necesidad de limitar el objeto de estudio a un cargo en particular se debió, principalmente, a que cada cargo cuenta con unas tensiones propias que van configurando de manera particular el derecho frente a ese contenido en específico y hacen que el mismo sea el terreno donde se luchan intereses particulares. Se debe admitir que la racionalidad que envuelve esta escogencia es una racionalidad jurídica, que sigue los parámetros de los límites comunes de la libertad de expresión. Fue así, porque esta ha sido la forma en que han sido construidos los límites al arte en el derecho, por lo que éste podría ser considerado como un primer acercamiento a una serie de estudios de derecho y arte, desde los límites de la libertad artística, y que tendría que pasar además, por cargos como: difamación, protección animal, irrespeto a los símbolos patrios, discurso del odio, etc. Es decir, por lo que son límites a la libertad de expresión pero específicamente en el arte. Pero no porque se considere que el tratamiento jurídico de la libertad de expresión sea trasladable al arte, sino porque esta es la manera jurídica de imponer los límites a la libertad artística. No significa que estos límites no estén atravesados por temas comunes, el primer capítulo de esta tesis es un intento por identificar estos tópicos comunes de la libertad artística, temas que van mucho más allá de lo jurídico, que incluyen teoría estética y sociológica; aquí, sin embargo, no se trata de encontrarles solución a estos grandes dilemas, sino evidenciarlos y bosquejar el escenario donde se da la lucha por la libertad artística.

Estructuralmente el trabajo se diseñó para ir de lo general a lo particular. Se hizo una primera división en dos grandes apartados. El primero gran apartado trata temas que son un marco de referencia amplio y continuó de la segunda parte, la cual se concentra en el tema específico de la obscenidad en el arte. En el capítulo primero del primer apartado, se encuentran los temas más generales que se pudo identificar en este estudio, no se pretende que sean los únicos, pero son los suficientes para mostrar que se trata de un tema complejo, con múltiples tensiones. Aunque estos temas sean tratados de manera específica en este capítulo, se trata de que los siguientes capítulos trasladen esas tensiones al campo específico de la obscenidad en los países en estudio, por lo que la primera parte no es el abordaje de un tema definido y autónomo, sino un marco de continua referencia.

En el segundo capítulo de la primera parte, se da un paso más en este recorrido hacia lo particular, y se comienza a hablar de la libertad artística en específico, desde dos abordajes: el primero, es la justificación en abstracto de la libertad artística, que de nuevo, más que encontrar una justificación de la misma, permite problematizar el traslado que hace la doctrina de las justificaciones tradicionales de la libertad de expresión a la libertad artística; el segundo tema, es el tratamiento de esta libertad en las Cortes Internacionales de Justicia, se analiza cuál es el tratamiento a nivel de instrumentos internacionales y se realiza una línea jurisprudencial de los casos que han involucrado al

arte y han permitido a estas Cortes hablar de una libertad artística. Finalmente, este recorrido permite entender las diferencias en el tratamiento dado por estas Cortes de Justicia Internacional y ver por primera vez en esta tesis, la aplicación que tiene un test jurídico en el derecho de libertad artística (a saber, el test aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a las limitaciones de la libertad de expresión), y observar cómo los países que analizaremos en este trabajo de grado, se han visto involucrados en estas sentencias.

En la segunda parte de la tesis, se comienza a hablar del límite específico de la obscenidad, comenzando por la justificación de la escogencia del cargo para este estudio. En el primer capítulo de este aparte, se habla de la justificación jurídica de la libertad artística del arte obsceno, con el fin de observar cómo las justificaciones tradicionales de la libertad de expresión no incluyen una justificación de lo obsceno en el arte y evidenciar el riesgo de que leyes antiobscenidad terminen censurando el arte.

En el segundo capítulo de esta sección, la tesis adquiere una estructura histórica y por países, comenzando con los inicios de los juicios por obscenidad en los países en estudio. Consiste este capítulo en un recorrido principalmente histórico que permite comprender cómo surge en el derecho la preocupación por lo obsceno en el arte. El tercer capítulo, sin abandonar el sentido histórico, se refiere a los juicios del arte obsceno utilizando la categoría de “test de obscenidad”, que ha sido la técnica jurídica del derecho angloamericano para concretar lo obsceno en lo jurídico, se aborda este tema de técnica jurídica, desde el interés particular de ver cómo estos test se aplican en el contexto artístico, se renuncia a formular un nuevo test, que por demás continua siendo la pretensión de algunos juristas<sup>2</sup>. Este capítulo pretende observar la aplicación que se hace de estos test al momento de juzgar el arte y la forma en que lo artístico empieza a ser considerado como un criterio a ser tenido en cuenta, es de otra parte el segundo y último acercamiento en esta tesis a la aplicación de un test en derecho al arte. Finalmente esta reflexión lleva a evidenciar la imagen del arte que estos test encierran y cómo esta imagen es problematizada por las expresiones artísticas contemporáneas. El recorrido acaba en los años setentas, aunque estos test se sigan aplicando en la actualidad.

Así se da paso al cuarto capítulo, de nuevo desde una perspectiva principalmente histórica, abandonando la comprensión a partir de test, debido a que los test de obscenidad son propios de la cultura angloamericana, por lo que en orden a continuar con la perspectiva comparada es necesario volver a un concepto más comprensivo que incluya a Colombia. Este cuarto capítulo, se dedica al tema de la libertad artística, específicamente en los años 80's y 90's, para lo cual por países se realiza una revisión

---

<sup>2</sup> De manera reciente, se puede encontrar esta pretensión en J.H.C Leung y M. Wan en su artículo: Construyendo el significado de Obscenidad: Una investigación empírica y concepción experimentalista, en *International Journal for the Semiotics of Law*, Volumen 25, Numero 3 de Septiembre de 2012.

general de las polémicas jurídica en el arte obsceno para ese momento, y luego se centra en batallas particulares de la libertad artística en Norteamérica e Inglaterra. Para el caso de Estados Unidos, se analiza principalmente la polémica por los subsidios públicos al arte obsceno y se hacen algunas observaciones frente a la sexualidad infantil y la lucha feminista contra la obscenidad. En el caso de Inglaterra, se analiza la polémica generada por la exposición de unos aretes con fetos humanos, que permite a la jurisprudencia de ese país establecer la diferencia entre obscenidad y el delito de indecencia aplicado al arte. Para el caso colombiano, se realiza una retrospectiva de esta época y la forma cómo se configuraron temas relacionados con la obscenidad y la pornografía, pero no se trata un tema en específico, debido a la carencia de una discusión jurídica importante alrededor de este tema.

Finalmente, en el último capítulo se tratan, lo que he llamado dos batallas contemporáneas del arte obsceno. Las batallas jurídicas escogidas fueron, en el caso Norteamericano, la polémica por la libertad artística en el baile nudista y la pretensión de este de ser considerado arte; en el caso de Inglaterra, se escogió la reciente incorporación de la persecución penal a la pornografía no fotografía, que revela un miedo renovado a las imágenes sexuales.

De esta manera se pretende haber abarcado un recorrido amplio a través de la configuración de la libertad artística en estos países, que evidencie que la obscenidad está lejos de haber sido un tema superado por nuestra sociedad de la información y de proliferación de los discursos sobre el sexo, pero sobre todo evidenciar cómo a través de la libertad artística el arte viene socavando nuestra visión moderna del derecho, y poner en evidencia las dificultades que engendra una concepción de la libertad artística basada en la libertad de expresión.

# **PRIMERA PARTE**

## **La libertad artística**

# MÁS ALLÁ DEL DERECHO: LAS TENSIONES IMPLÍCITAS EN LA LIBERTAD ARTÍSTICA.

Este capítulo se encarga de evidenciar algunas de las tensiones artísticas, políticas y jurídicas implícitas en la libertad artística, que comprometen este trabajo de grado con algo más que un simple pasar de lista de temas técnicos y que reflejan las complejidades propias de este derecho, entre las que se encuentran: las dificultades del derecho para con lo artístico, la concepción de arte como un bien por parte de nuestros Estados, los peligros que el arte encierra, los retos que implican el movimiento transgresor en el arte y finalmente las particularidades frente a la vanguardia artística y la libertad de expresión en los países en estudio. El paso por estos temas, permitirá una visión panorámica y de problematización y llevará la discusión más allá de lo puramente jurídico.

## 1.1 Tensión Arte-Derecho

El derecho guarda tensiones con el arte. Esta tesis surge de la pregunta sobre cómo se evidencian estas tensiones y para ello toma una tensión común, como es la libertad artística bajo un cargo también común, como el de obscenidad en el arte.

Antes de iniciar esta reflexión me gustaría remitir a lo que señalan Costas Douzinas y Linda Nead (1999), que brindan una visión panorámica sobre estas tensiones que sirve como apertura al tema y permite insertar este trabajo en una tradición reciente de estudios de derecho, que podrían relacionarse con los estudios de derecho y literatura<sup>3</sup> (en la rama de derecho de la literatura) pero que iría más allá de lo

---

<sup>3</sup> “Asumamos que es posible y tiene sentido una disciplina teórica que estudiar las relaciones entre el derecho y literatura. Dicha disciplina aparece casi siempre dividida en dos ramas o apartados principales, a los que se suman otros de alcance más preciso y atención menos central. Los dos apartados fundamentales se mencionan bajo las denominaciones de derecho en literatura y derecho como literatura. En las ramas o aspectos menos centras se suele hablar de derecho de la literatura, con lo que se alude a las regulaciones jurídicas del ejercicio literario, a las normas que regulan la creación y difusión de la obra literaria y los derechos que genera. Ahí entraría el estudio de todo lo relativo a censura, libertad artística y de expresión, delitos relacionados con la

puramente literario<sup>4</sup>, y que se preocupan por la relación arte-derecho desde dos perspectivas; el arte en el derecho, esto es, la manera en que los sistemas políticos y legales tienen conformado, usado y regulado imágenes y arte; y en segundo lugar, el derecho en el arte, que se encarga de la representación del derecho, la justicia, y otros temas legales en el arte (p.11). Respondiendo esta tesis a un interrogante del primer grupo, que los autores llaman arte en el derecho, por interesarse en la forma en que el derecho tiene conformada la libertad artística a través del cargo de obscenidad en el arte.

Dejemos que estos dos grandes exponentes de los estudios de derecho y arte nos bosquejen estas tensiones:

Controversias sobre imágenes permean el derecho occidental. Su pública y abiertamente política expresión en las disputas iconoclasta revelan no solo un profundamente arraigado miedo sino también una ambigüedad en el uso del arte y de las imágenes más generalmente. Esta ambigüedad es vivamente capturada en un famoso aforismo del jurista Renacentista Alciatus: *Imago veritas falsa*, la imagen es una falsa verdad. La historia de la actitud del derecho hacia las imágenes sigue esta tortuosa dialéctica, la profundamente paradójica combinación de verdad y falsedad, de ceguera y lucidez (...) De igual modo que las iglesias una vez excluyeron iconos, el derecho fue ahora promotor de prohibir figuras e imaginería. La imagen ha pasado a ser vista como muy mundana, muy sensual y potencialmente corruptora, muy contingente y efímera, y por esto fue remplazada por la palabra. El mejor enlace de lenguaje imaginista con retórica, permiten la subordinación de la retórica a la lógica y la elevación de la lógica como el único método de la ciencia del derecho. El miedo a las imágenes, desplazado a la hermenéutica judicial, convierte el miedo del significado plural de varias interpretaciones, de lo diverso, local y jurisdicciones informales, en lógicas diferentes y razonamientos particulares. El deseo de la jurisdicción secular viene a ser la limpieza mental de pensamientos impuros y del texto del derecho en palabras pintadas (...) Pero al mismo tiempo el derecho no ha olvidado la utilidad y la efectividad de la cuidadosa custodia de las imágenes (...) El derecho ama y teme a las imágenes, al mismo tiempo las prohíbe y organiza en su propia operación en una manera espectacular y visual (...) El derecho organiza, distribuye, y vigila su propia imagen a través de iconos de autoridad y soberanía, tradición y fidelidad. En términos prácticos, el derecho regula y controla el arte. Impone al arte y los artistas los mismos principios y regulaciones que aplica a los otros dominios de la producción de mercancías y las relaciones de trabajo. Regula el mercado del arte, refuerza contratos, define las obligaciones de la pericia artística e impone restricciones generales de la expresión artística bajo leyes de orden público, difamación, obscenidad, blasfemia, copyright y similares. (Douzinas y Nead, 1999, p.p.7-9)

Reclamo esta tradición, toda vez que lo que en este trabajo de grado se observa es la dificultad del derecho para asimilar las pretensiones del arte, que ha dado existencia a la libertad artística, que al ser producto de la lucha entre arte y derecho va adquiriendo características propias que la van alejando cada vez más de la libertad de expresión en general, buscando su propia independencia y estatus en el mundo del

---

obscenidad o la posible calificación como pornográfica de una obra literaria, derecho de autor y copyright y su protección, etc.” (GARCIA AMADO, 2003, p.362)

<sup>4</sup> “El tratamiento de derecho y literatura trae a la superficie y resalta el tipo de vida y la forma del espíritu en la institución construye y trata de capturar. Pero la jurisprudencia literaria se ha concentrado en los aspectos lingüísticos y literarios del derecho. En esto, a seguido la tradición protestante de *sola scriptura* y el excesivo logo-centrismo moderno” (Douzinas y Nead, 1999, p.p. 10 y 11)

derecho. También porque de manera intencional busca un concepto particularmente ambiguo como el de obscenidad, que evidencia la dificultad del derecho por aprehender lo incierto. Es al mismo tiempo una relación común, como señala Young (2005):

Quando un interés en lo imaginario o estético es reconocido dentro del discurso legal y de la institución legal, este tiende a limitarse a áreas especializadas, como las leyes sobre copyright (¿Quién es dueño de la imagen?) o censura (¿Qué tan lejos podemos ir en el control sobre la producción, distribución y replicación de imágenes?). Debates sobre problemas como la intervención del derecho en blasfemia, obscenidad y pornografía, tienden a tener lugar sin autoreflexión: la habilidad del derecho para controlar, intervenir, categorizar ciertas imágenes es tomada por sentado, obvia. La historia de la gobernanza legal es reiterada como no problemática –la imagen es objeto del derecho, y no existe relación o diálogo entre ellos que pueda ser imaginada o admitida.

Ambos, la dicotomía derecho/imagen y la paradoja de que el derecho ama las imágenes mientras aparece restringiéndolas, funcionan juntas para hacer invisible la cuestión sobre la implicación del derecho en las imágenes y de la imagen en el derecho. La relación entre derecho e imagen es mucho más complicada que la historia de la gobernanza legal podría demandar, confinando el imaginario legal a un limitado pasar de lista de temas técnicos. (p.10)

El tema de esta tesis es un tópico común entre derecho y arte que intentara ir más allá del problema puramente técnico de regulación, para entender cómo la construcción de la libertad artística es algo más que una potestad unilateral del derecho para hacer concesiones al arte. La relación arte y derecho está atravesada por muchos más temas, la gran mayoría de los cuales no resultan tan evidentes y merecerían ser estudiados, pero esta tesis es mi primera aproximación al tema derecho y arte desde una perspectiva que se adapta perfectamente al contexto de la Maestría de Derecho Constitucional en la que fue concebida, frente a una comunidad jurídica que todavía no reconoce la importancia de este tipo de aproximación y como un intento de traer al contexto nacional el debate a través del diálogo con autores del habla inglesa, que se han hecho las mismas preguntas en su contexto nacional y que nuestras aulas de derecho desconocen.

Parece entonces, que la desconfianza del derecho por la imagen tiene su origen tanto en la influencia religiosa de la escolástica en el derecho y la pretensión de cientificidad inserta en la racionalidad jurídica, que lo convierte en un discurso logocéntrico; lo cual no excluye que el derecho mismo se sirva de la imagen para generar sumisión, como puede observarse en cualquier proceso penal contemporáneo, esto muestra que la relación arte y derecho en que se inserta esta tesis es mucho más compleja que el problema de regulación y concreción técnica del concepto de obscenidad, y está en el seno mismo de la configuración del derecho.

## **1.2 El arte entendido como un bien que debe ser subsidiado**

Como señala el teórico del arte Arthur Danto, se necesitó la producción de dos creaciones dogmáticas constitucionales para que el arte ingresara a la agenda legislativa de actividades subsidiadas. Primero, la admisión de la existencia de derechos que no se

pueden disfrutar sin la acción positiva del Estado, derechos de contenido asistencialista y en segundo lugar, el concepto enriquecido de vida según el cual no se limita al simple subsistir sino que contempla la vida digna, es decir dotada de sentido. Según Danto (2003), solo bajo estos desarrollos puede existir el arte subvencionado en los Estados nación, "(h)abría que argüir que una vida sin arte sería inaceptable y que para garantizar el ejercicio de ese derecho se requiere de la subvención por parte del Estado. Y ésa por supuesto no podía ser una idea del siglo XVIII" (p.164). En materia artística, para Danto también debió producirse un movimiento que diera el estatus de arte a lo popular (la exposición ¡BLAM! en Norteamérica donde el artista Roy Lichtenstein hizo clásico el estilo de viñeta cómica, saltando la frontera entre arte superior e inferior), para que se considerara que el arte era algo capital en nuestras vidas y se estableciera en el caso de Estados Unidos la Dotación para las artes de 1965. Esta actitud estética desinteresada es un concepto de finales del siglo XVIII, lo que explica su falta de mención en los documentos políticos de ese siglo, así por ejemplo no se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos ninguna referencia con respecto al arte. (Danto, 2003)

La visión del arte como bien, coincide con la frenética apertura de museos en los años sesenta (un museo nuevo se abría cada tres o cuatro días en Norteamérica) en un fenómeno que Danto (2003) asimila a la construcción de Iglesias en Europa en el siglo XI (aunque con particularidades en cada país), donde la obra de arte y el relicario aunque sean escasos dan significado a la actividad que desarrolla la comunidad alrededor del museo o la catedral, a estos presupuestos se puede agregar la necesidad de los Estados de brindar entretenimiento en las sociedades industrializadas y construir identidad nacional, según el país<sup>5</sup>.

Como señala Danto, la subvención del arte no se mostró problemática hasta que el arte dejó de ser "complaciente", degenerando o evolucionando (según cuál sea nuestra visión del arte contemporáneo) en transgresor, un fenómeno que se da tanto en la literatura como en las otras formas artísticas. Determinar las razones de este cambio en escritores y artistas es complejo, se puede señalar la sobrevaloración de lo transgresor en nuestras culturas, con el interés del artista por entender y generar cambios en la sociedad. Esto llevaría a la problematización del subsidio del arte transgresor (en nuestro caso por obsceno) por medio del Estado, pregunta que fue antecedida por la cuestión de los límites jurídicos de lo obsceno en el arte.

El considerar el arte como un bien trae implícita toda una creencia sobre el potencial de las imágenes para generar bienestar, consuelo etc. Los orígenes de esta creencia en Norteamérica se encuentran en el puritanismo:

Los hombres y mujeres de la Nueva Inglaterra del siglo XVII no tenían mucho tiempo para las artes visuales. La pintura y la escultura eran trampas espirituales que era mejor dejar a los católicos. Su gran fuente de satisfacción estética era la palabra, el logos. (Hughes, 1994, p.185)

---

<sup>5</sup> Sea el momento para señalar que el fenómeno de subsidiarización del arte está revirtiéndose en Europa producto de las crisis fiscales, y de nuevo surge la pregunta de por qué dedicar nuestro escaso presupuesto a este fin no tan inmediato.

Según Hughes (1994), Estados Unidos no contó con obras monumentales como Europa y la única fuente de inspiración estaba en la naturaleza, la forma de superar el prejuicio puritano al deleite de los sentidos era el poder moralizador del arte. En los años 1880's la elevación religiosa se modula a una forma más secular dando origen al museo americano, que no sería regido por el Estado ni financiado ya que esto significaba impuestos y uno de los mitos fundacionales de América fue la revuelta contra los impuestos que gravaban el precio del té, por lo que el tema de los impuestos es controversial en ese país. Los museos en Norteamérica surgen de los ricos queriendo procurar sanación pública por medio de riqueza cultural y ayudando a disipar el resentimiento social. La diferencia con Europa es resumida de la siguiente manera:

En Europa pensaban: bueno, ya que tenemos todas estas pinturas, dibujos y esculturas, hagamos algo con ellas: las pondremos en museos. En América pensaban: no tenemos nada, no hay un arte que vaya ligado al territorio de la identidad americana; por lo tanto, lo compraremos, haremos que forme parte de lo que queremos hacer con una sociedad democrática. (Hughes, 1994, p.194).

En los años 1990's el arte norteamericano se adaptó a la vanguardia, lanzando la idea de la vanguardia terapéutica por medio del esteticismo del "arte por el arte", que sostenía que las obras de arte debían ser interpretadas primero en términos de valores formales; esto libró a la obra de arte de parte de la censura puritana. El segundo, era el argumento del beneficio social: si bien el arte estaba muy bien para situar la obra fuera del contexto del juicio moral, las obras de arte eran morales en sí mismas porque, lo supiera o no el espectador, indicaban el camino hacia verdades superiores y eran beneficiosas para él. Podían ofender en un primer momento, pero después se acostumbraría, y la cultura podría continuar su avance (Hughes, 1994, p.196)<sup>6</sup>.

En Europa el descubrimiento de la antigua Pompeya, planteó el problema para el Museo Borbónico, sobre qué hacer con estas piezas que la época consideraba obscenas, pero que no podían ser destruidas por ser piezas arqueológicas, por lo que se les dio el nombre de pornografía y se les asignó el lugar de Museo Secreto; se les confinó de tal forma que fueran inaccesibles para personas no especializadas o que no tuvieran el dinero suficiente que les garantiza su ingreso. En Inglaterra se creó la Biblioteca y el Museo Británico en 1753, y en Estados Unidos se fundó la Biblioteca del Congreso en 1800 y el Smithsonian en 1846. A estas instituciones comenzaron a llegar colecciones privadas que incluían materiales obscenos, por lo que se acudió a la solución del Museo Borbónico. El museo Británico, omitió a través de la Sección Privada, en 1860, los objetos peligrosos de los catálogos impresos, permitiendo que solo un selecto grupo tuviera acceso a los mismos. (Kendrick, 1995, p.102)

En Colombia el museo nace como una empresa Estatal. El primero museo, fue el Museo de Historia Natural y la Escuela de Minas que se inauguró en 1824, luego de que Simón Bolívar enviará a Francisco de Antonio Zea, en una misión diplomática a Europa, quien acude a la Academia de Ciencias y al Museo de Historia Natural de París, donde

---

<sup>6</sup> Estas posiciones se verán reflejadas en la defensa de la obra de Mapplethorpe en lo será una de las batallas culturales en los 80's y 90's en Norteamérica. (Ver en esta tesis la financiación del arte obsceno).

se constituye la Comisión Zea de la que harán parte intelectuales franceses. Es decir: “una institución museal, posrevolucionaria, creada por voluntad estatal, con la experiencia de personal científico francés y con el propósito de favorecer el progreso de la nación” (Rodríguez, 2010, p.90). El museo creado no consistió solo en la exposición de una colección permanente, fue también institución de enseñanza tanto de arte como de temas de minería, en un espacio preocupado principalmente por lo científico, posteriormente el museo estará siempre muy cerca de la institución universitaria, es así que este museo se fusiona en 1826 con la recién creada Universidad Central de Bogotá, y posteriormente cuando se convierte en el Museo Nacional, gran parte de su colección especializada forma los museos especializados de la Universidad Nacional, y este queda simplemente como creador de identidad nacional que cuenta la historia oficial del país. Lo que permite concluir en el surgimiento mismo del museo se evidencia una visión del arte como bien, no tanto para dotar de sentido la vida como en el caso norteamericano, sino principalmente como productor de conocimiento científico, identidad nacional y progreso para una nación. Una imagen del arte bastante romántica producto de lo que pudo haber significado el ideal de ilustración francés, que ya había influenciado la independencia y que el libertador privilegió. El Museo Nacional aunque tenga posteriormente que afrontar crisis producto de la falta de presupuesto, ha sido exitoso al otorgarnos a la población en general, un estereotipo de historia nacional llena de héroes y incidentes pintorescos es decir, construyendo identidad nacional y evidenciando que la preocupación por el arte no ha sido nunca primordial, sin embargo esta idea de museo no es conciliable con la aceptación de la obra obscena o transgresora como arte merecedor de protección, ya que el arte transgresor difícilmente estará al servicio de estas funciones<sup>7</sup>. De otro lado, la constitución de 1991 siguiendo el ejemplo de las modernas legislaciones, contempla la cultura en nociones como el patrimonio cultural para la construcción de país y la libertad de conocimiento y de expresión artística<sup>8</sup>.

En resumen, los países de este estudio comparativo, llegaron a la visión del arte como un bien, y se crearon museos ya sea como empresa propiamente Estatal en el caso de Colombia e Inglaterra, como empresa privada en el caso de Norteamérica, según justificaciones que los llevaron a considerar los museos y las bibliotecas como fundamentales para la vida cultural del país, ya sea que se tuviera que importar el arte o que se contara con una colección de objetos con las que no sé supiera qué hacer; con la nueva concepción de vida y los derechos de contenido asistencialista, productos del constitucionalismo moderno se hizo un deber de los Estados financiar el arte y se crearon subvenciones, con la vanguardia transgresora se problematiza esa visión terapéutica del arte.

---

<sup>7</sup> Recientemente se publicó que el fallecido Julio Mario Santo Domingo, contaba con la colección más grande existente relaciona con drogas y sexo, la colección se encuentra en custodia de la Universidad de Harvard. Nos podemos preguntar, si el que esta colección no se conserve en un museo o archivo nacional, significa que no hay un lugar todavía para lo obsceno en nuestros medio.

(ver noticia en: <http://pijamasurf.com/2013/01/la-coleccion-mas-grande-de-literatura-y-parafernalia-de-sexo-y-drogas-esta-ahora-disponible-en-harvard/>)

<sup>8</sup> Libertad de conocimiento y de expresión artística. Art 71.- La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura, etc.

La visión terapéutica no obstante se intente conciliar con los argumentos de la vanguardia en Norteamérica, no deja de ser problemática con la ola transgresora del arte moderno. Esto evidencia una carencia de justificación filosófico-política para seguir defendiendo la subvención y la protección del arte aún cuando este produzca más angustia o incomodidad que calma y bienestar. Desde la visión de Hughes (1994):

La idea de curar el espíritu a través del arte se acabó cuando el mundo del arte se convirtió en industria, cuando la codicia y el falso oropel de la era Reagan se subieron al carro de la “últimísima moda”, cuando miles de especuladores entraron en el mercado y la mentalidad del bono basura invadió el arte contemporáneo.

En la perspectiva de Danto (2003), una visión del arte como capaz de dotar sentido la vida implica al arte transgresor:

Se sigue además que el arte no puede dotar de significado la vida sin la sombra de la disidencia, la diferencia y la ofensa. Si hay un derecho básico a una vida dotada de sentido de la que el arte forme parte, no hay forma de escapar a la posibilidad de herir sensibilidades morales. El arte no podría tener la seriedad que tiene sin implicar peligros y desacuerdos. (p.167)

La posición de Danto es cercana al segundo argumento Norteamericano que señalaba Hughes (1994), como forma de aceptar la vanguardia en ese país, en la que no se acude al formalismo sino a la visión moral del arte como un bien así en un primer momento pueda resultar chocante.

Nuestros países, como posiblemente todo occidente ha llegado a la consideración del arte como un bien, según su propias particularidades, este aparte ha intentando examinar esa ruta y ver de qué manera esta se relaciona con la el arte transgresor. Existe una carencia de fundamentación filosófica-política en cada sentencia judicial que intenta configurar la libertad artística, así como en cualquier política pública sobre el arte que intente no restringir la creación artística, hasta que nuestros Estados no concilien su consideración del arte como un bien que merece subsidio y protección, con la posibilidad de que este sea transgresor.

### 1.3 El arte transgresor y su importancia

Una obra artística puede ser transgresora de muchas formas y a veces de maneras simultaneas. Una obra que quebranta los estándares artísticos, por ejemplo, puede a su vez ser moralmente criticable; un caso famoso es el de Manet con su *Merienda Campesre* que fue interpretada tanto como un experimento del cuerpo pintando en la naturaleza que rompía con la tradición artística, como por su contenido sexual.

Lo transgresor en el sentido del abogado inglés y estudioso del arte, Anthony Julius (2002), es la violación a los límites, pueden ser límites estéticos, morales, jurídicos. No existiría obra transgresora sin unos límites y tampoco existiría el límite si no fuera posible transgredirlo, se necesitan mutuamente y el límite se ve además fortalecido cada vez que se transgrede, porque opera una actualización del mismo. Existe también

cierto encanto en la transgresión y el artista desde el romanticismo se ha cargado con el aura del transgresor, la filosofía estética de la postmodernidad (Foucault, Bataille, etc) ha hecho de la transgresión el sentido mismo del pensamiento; pensar fuera de los límites, pensar lo marginal. Esto, en el análisis de Julius, lleva a que sea posible hablar de un movimiento transgresor en el arte que él, desde una visión restringida del arte, entendida como bellas artes, sitúa en 1860 y que habría entrado en decadencia en el siglo XXI.

En Inglaterra el evento más importante del arte transgresor se dio con la exposición "*Sensation*" de 1997 en el Royal Academy, gracias al patrocinio del excéntrico coleccionista Charles Saatchi. El que este evento tuviera lugar en los noventa, evidencia la forma tardía en que se da la vanguardia en ese país:

El arte británico, incluso después de Henry Moore, ha aparecido siempre frente a sí mismo y frente al mundo exterior, en una posición de ligero retraso en lo que se refiere al lenguaje de innovación que es fundamental en cualquier concepción del arte moderno. Por esta razón está teñido de un indefinible, si bien atractivo, provincialismo (...) ¿Qué tiene de diferente el arte de "*Sensation*"? ¿Por qué ha alcanzado semejante repercusión pública, sin parangón en este país desde la llegada de la generación pop, muchos de cuyos componentes son hoy por supuesto miembros distinguidos de la Royal Academy? La respuesta está seguramente en la actitud totalmente nueva y radical de esta generación frente al realismo, o más bien frente a la realidad y la vida misma (...) (Rosenthal, 1998, p.118).

En Colombia no es posible hablar de un evento que marque el apogeo del arte transgresor, pero sí unos grupos o incluso personajes que se han caracterizado por su actitud polémica, el primero y quizás único grupo de esta clase, fue el nadaísmo, que con su accionar abiertamente anticlerical realizó acciones bastante transgresoras y que llevaron a algunos de sus personajes a ser puestos en prisión. En las artes plásticas, el crítico de arte Álvaro Robayo (2001) ha identificado al menos cuatro artistas transgresores en el sentido de atacar no solo los valores plásticos, sino primordialmente en hacer una crítica a los valores sociales predominantes (p.18). Entre estos, sin embargo no existió dialogo ni influencia, por lo que no se puede hablar de algo como un movimiento transgresor en Colombia, sino de artistas transgresores individuales, estos son: Débora Arango, Beatriz González, Antonio Caro y María Teresa Hincapié. En la literatura el puesto al artista más transgresor difícilmente podrá quitarse a José María Vargar Vila, seguido de Raúl Gómez Jattin y Fernando Vallejo, no solo por su obra sino por su misma actitud desafiante ante cualquier autoridad, podemos pensar en personajes que desde un humor crítico también han sido subversores, caricaturistas como Klim o humoristas como Jaime Garzón. De manera reciente algunos artistas vienen buscando intencionalmente lo transgresor, el caso más publicitado se dio, con la performance del 2009 de la artista cubana Tanía Bruguera en el Museo de Arte de la Universidad Nacional de Colombia, quien repartió líneas de cocaína a los asistentes. Para estos artistas no creo que hubiera comprensión ni interés por parte del derecho, como lo muestra el que sobre ninguno de estos exista pronunciamiento judicial relacionado con su obra<sup>9</sup>. Entre los artistas colombianos polémicos de estos últimos años se encuentra Edinson Quiñones<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cuando se piensa en un artista plástico colombiano transgresor desde lo sexual, viene el nombre Miguel Ángel Rojas. Este artista a finales de los setenta y principios de los ochentas, fue un pionero en tratar el tema de la homosexualidad desde el arte, su obra generó revuelo sin suscitar controversias legales. En segundo semestre del año 2012, Miguel Ángel Rojas expuso su obra "El

La relación entre la obra de arte transgresora y la ley jurídica se encuentra descrita por Julius (2002) de la siguiente manera:

La ley no entiende –no puede entender- la belleza de la transgresión; considera que la celebración de lo transgresor en el arte es algo afectado, equivocado, peligroso. Según la ley, el arte está tan ciego a los vicios de la transgresión, como la ley lo está a la belleza de la transgresión. Las obras de arte que condenan el delito, las leyes penales que hacen excepciones para el arte, no son más que compromisos, respectivamente, de los proyectos estéticos y jurídicos. El primero está comprometido con el desarrollo sin trabas de nuestras capacidades imaginarias, el segundo, con la regulación de nuestras palabras y acciones. El arte exaspera a la ley, mientras que la ley oprime al arte. (p. 21)

La frase de Julius es bellísima porque deja entrever esa tensión casi que de forma poética y evidencia que la libertad artística es finalmente un compromiso entre lo jurídico y lo artístico y no una concesión unilateral de lo jurídico, pero de alguna manera también simplifica la relación, limitándola a una tensión cuando al menos en este capítulo se permite ver que son varias, y divide dos mundos, el de la imaginación y el de la acción, cuando esta división no parece existir para el arte que reclama actuar en el mundo.

Para el estudioso de la libertad artística inglés, Paul Kearns (2000), la relación de tensión entre la obra transgresora y el derecho se explica por lo siguiente:

El derecho es un agente del pasado y evoluciona de manera más lenta que la mayoría de las otras unidades sociales, como por ejemplo, el arte y la moda. Debido a esta tradición esencialmente conservativa existe mayor probabilidad de que la ley en ocasiones tenga dificultades para manejar fenómenos que no son claramente a priori, especialmente en el ámbito del realismo que se aleja de la objetividad bueno o malo. La preocupación particular para el sistema legal es el tratamiento del orden y la continuidad de ese orden. La adecuación del Postmodernismo a la falta de sentido de todas las grandes verdades y la supuesta paridad de las actitudes independientes del estatus, resultan difícil dentro del sentido legal de jerarquía. La obsesión con las imágenes cosmético/superficiales también alinea el postmodernismo de una verdadera aceptación legal; y la devaluación postmodernista del valor Cristiano, en particular, socava el fundamento en que el derecho Inglés, por ejemplo, está construido. El socavamiento de un marco de cohesión moral en el postmodernismo, promueve el nihilismo en parte de los ciudadanos, que están minados por la llegada de la despersonalización tecnológica. La emergencia de una corrección política impone una totalitaria aplicación al lenguaje formal e informal, previsto por George Orwell, y es poco lo “nativo” para el postmodernismo por su cívico y personal carácter ecléctico en una era que ha demostrado carecer de “*zeitgeist*”<sup>11</sup>. Habitado por personas que están descentradas, impresionables al rápido cambio de estímulo, el periodo postmoderno es antitético a la sólida longevidad del derecho y sus valores atávicos. Otras características del

---

Camino Corto” en el Museo de Arte de la Universidad Nacional de Colombia, en su obra el material primordial era la hoja de coca, una de las instalaciones consistía en nombres de personajes famosos consumidores de drogas y alias de narcos escritos con círculos de hoja de coca, uno de estos nombres era el de Tania Bruguera. De esta manera el artista se vengaba por lo sucedido años antes en ese mismo museo, además de usar el poder ritual de la hoja de coca para deshacer los fantasmas que con su obra la artista cubana había dejado en el recinto, aunque este por supuesto no era el fin principal de la obra, que consistía en mostrar las relaciones entre el primero y el tercer mundo.

<sup>10</sup> <http://esferapublica.org/nfblog/?p=62329>

<sup>11</sup> Este término puede ser traducido como espíritu del tiempo

postmodernismo incluyen su foco metropolitano, la habitual promiscuidad entre jóvenes, y la indiferencia sobre temas de justicia y principios. En este ambiente el arte prospera donde sea que la ley es invadida.

Contra este postmoderno telón de fondo es que los testigos de los intentos del control legal del ethos anárquico que produce el radicalismo, posibilitan un arte moralmente libre. El inherente valor del arte por se tiende a ser ignorado a favor de un igualitarismo ético de igualdad cultural donde los cartoons, por ejemplo, son tan venerados como los viejos maestros, dentro de un amplio concepto de arte que amenaza con perder su implícito valor credencial.

En el arte postmoderno, una membrana de simulacro desdibuja la subyacente realidad, y la realidad objetiva esta subjetivada sin fin. El derecho trata de monitorear esta precaria realidad pero es abrumado en sí mismo por la creciente burocratización. Lo artificial amenaza con convertirse en la cosa misma, y el medio a menudo carece de un final concertado. Lo que particularmente refuta el régimen legal es el clamor popular a reforzar las equivalencias de las entidades, cada cual teniendo una exigencia de igual significancia, el culpable como el agente de la ley (...) El derecho es como un mar en una masa de convergencias, de realidades externalizadas que dan voz a aquellos que manipulan la plasticidad de la era. (pp.145 y 146)

Lo transgresor en el arte, también puede entenderse dentro de un movimiento más amplio como la postmodernidad, cuyo significado es controvertido pero en el sentido de Kearns, se trata de un periodo que siguió a la modernidad que estaría situada entre 1890 a 1940, y que él describe de una manera post-apocalíptica; desde esta perspectiva la imposibilidad del derecho para con lo artístico, estaría en la crisis misma del derecho frente a la era actual, de cambio continuo, sin jerarquías, obsesionado con la imagen cosmética etc. Se resalta de esta visión el acento en la función conservativa del derecho, como un elemento fundamental que explica la incapacidad del derecho para si quiera prever un tratamiento contemporáneo del arte, el entendimiento de lo transgresor en el arte como parte de un movimiento mayor como la postmodernidad que al derecho le cuesta asimilar, lo propiamente religioso cristiano del derecho inglés que se refleja en casos como el de Salma Rushie; aún así considero que la dificultad del derecho para comprender el arte, hace parte como ya lo señalaba Costa Douzinas y Linda Nead (en el primer aparte de esta tesis), de la tradición cristiana de ver con desconfianza la imagen, es decir que se remonta mucho antes de la posmodernidad, pero que esta sin duda ha exacerbado.

Pero no toda obra transgresora llega a juicio, es así que muchas de las obras que Julius analiza no fueron procesadas, no obstante causar en su momento ciertas reacciones. Así como se necesitan ciertas circunstancias sociales para que una obra en un momento histórico cause revuelo social, sin que baste su solo contenido (circunstancias que analiza Dubin (1992), en su libro *Arresting Images*), del mismo modo deben darse unos factores para que las obras lleguen a juicio. Sin intentar hacer una sociología, se dirá que una obra puede ser enjuiciada por diversos motivos y bajo distintas previsiones jurídicas, se necesita al menos la sospecha de que trasgrede un límite legal establecido o un valor fundamental en los países del common law, en el caso de los juicios por obscenidad se trata de leyes antiobscenidad que se pueden encontrar en legislación de aduanas y de correo, normas sobre imprenta, prohibiciones penales o de policía, limitaciones a los medios de comunicación o en últimas, normas del common

law; esto último es algo muy particular del derecho anglosajón que implica diferencias frente a la tradición civilista y que podría tener incluso implicaciones para la concepción del arte que tenga un sistema de derecho<sup>12</sup>, y que por supuesto las tuvo frente a la concepción de la obscenidad. Pero también el arte puede en nuestras sociedades modernas demandar la constitucionalidad de estos límites o de tratamientos discriminatorios, como en el caso de la prohibición de subsidio del arte obsceno, y traer de nuevo a los estrados la controversia sobre la libertad artística. De cualquier forma deben existir grupos interesados en que estos temas lleguen a juicio; en los países que analizamos se trata de organizaciones en pro de la moral y grupos de artistas que incluso se organizan con ocasión de la defensa judicial de la obra o activistas que se solidarizan o rechazan la obra dependiendo la temática, para nuestro caso pueden ser movimientos gay y feministas. Muchos artistas a pesar de consideran su derecho de libertad artística vulnerado prefieren no acudir a estrados judiciales o instancias internaciones como lo muestra el que diariamente nos encontremos con noticias sobre exposiciones vetadas (incluso en el primer mundo), mientras que el número de casos judiciales es pequeño. Las razones pueden ser muchas, el trámite burocrático y el encuentro con la institución puede resultar molestos para los artistas acostumbrados a círculos diferentes, pueden considerar que su obra no podrá ser comprendida por el derecho, o finalmente no consideran que la instancia judicial tenga legitimidad para solucionar la controversia, la apreciación que el artista tenga de lo judicial también puede cambiar de país en país, en Estados Unidos los artistas en los noventa del siglo pasado parecen haberse apropiado de lo judicial como un terreno estratégico para sus reivindicación, en Colombia considero que podría haber más una apatía<sup>13</sup> a acudir a los estrados. Aún así la experiencia muestra que los artistas puedan sacar buen provecho de acudir a juicio.

Saber cuál es la importancia de lo transgresor en nuestras sociedades es difícil. Según Dubin (1992):

La desviación señala que algo está torcido, y puede contribuir a flexibilizar la sociedad y crecer. Pero la movilización para evitar los cambio en el statu quo, pueden hacer que la desviación se convierta involuntariamente en rigidez. La desviación tiene un carácter dual. La transgresión es positiva creando semillas para el cambio pero también potencia la inflexibilidad y lo estático. (p. 2)

El arte transgresor también puede reflejar la autoconciencia emergente en grupos que fueron previamente marginalizados, dando extremada importancia a la expresión de identidad colectiva de los grupos; quiénes son ellos y que desean, pero de otro lado han despertado la reacción de los que no quieren un cambio.

---

<sup>12</sup> “La noción de una absoluta y original textualidad es más familiar para la tradición continental de lo que es inmediatamente reconocible dentro del common law. En un sentido el common law se diferencia así mismo de la tradición civilista precisamente a través del histórico rechazo a aceptar el poder simbólico y político de un código. El common law fue tradición y la tradición fue oral y aural, una memoria oratoria perpetuada a través de las opiniones comunes en la barra, a través de la costumbre practicadas, de las conversaciones, de las disputas y de la repetición de un itinerario en la tradición jurídica.” (Goodrich, 1996, p.105)

<sup>13</sup> Ante la falta de discusión que suscitó la retrospectiva de León Ferrari en el Museo Casa Botero, la misma muestra que en el 2004 había generado fuertes reacciones en Argentina; Lucas Ospina, señala que este es un país de medianías culturales. (Ver: El abogado del diablo. En el blog de Lucas Ospina).

Desde otras perspectivas más radicales, el arte solo tendría razón de ser en la transgresión:

Siempre ha sido tarea de los artistas conquistar un territorio anteriormente tabú. Goya extrajo arte del horror espantoso de la guerra; sus dibujos no han perdido su capacidad de impresionar. Y El jardín de las delicias de Hyeronimus Bosch ha conservado gran parte de su poder de hacernos conscientes de nuestras fantasías y de nuestros deseos reprimidos. Pero cuando imágenes tan fuertes como éstas son asimiladas, su impacto se diluye. Los artistas deben proseguir la conquista de nuevos territorios y nuevos tabúes. (Rosenthal, 1998, p. 123)

Estas posiciones han sido incluso estructuradas filosóficamente y en la actualidad tienen bastante aceptación en el mundo del arte.

La postmodernidad parece haber traído al arte un movimiento transgresor desde distintas áreas; lo artístico, lo moral, e incluso lo legal. Esta tendencia ha tenido diferente desarrollo en los países en estudio, en Inglaterra de forma tardía y en Colombia con algunos artistas en particular, sin que se haya tratado de un fenómeno generalizado. Este aparte se ha interesado por la relación entre la obra transgresora y el derecho, encontrando que es una relación compleja, casi que imposible debido a que el derecho ya sea por su fundamento conservacionista de mantenimiento del orden y jerarquías, ya por su origen religioso, no puede más que ver con desconfianza esta celebración de los transgresor en el arte. Esto no implica que el derecho y el arte no hayan llegado a compromisos, la libertad artística es una de estos, esta tesis plantea que este compromiso puede seguirse a través de las sentencias en que se analiza si el arte ha o no trasgredido un límite legal y para ello les hace un seguimiento en materia de obscenidad. Sin intentar hacer una sociología de las obras que llegan a juicio, en este aparte se sostiene que son razones culturales y sociales las que explican que ciertas obra sean enjuiciadas, sin importan si es la más transgresora de su especie, o incluso la de mayor talento artístico, también se ha resaltado cómo en Estados Unidos, los artista parecen haber percibido la instancia judicial como una sector estratégico de reivindicaciones mientras que en Colombia el artista ha visto esta con apatía.

## 1.4 Los límites al arte

Existe la creencia cultural en occidente de que el arte debe ser libre. El origen de esta creencia puede estar como sugiere Danton (2003) en la posición esteticista del arte, en palabras del autor:

Considérense las defensas que se hicieron del Ulises o de El Amante de Lady Chatterley. Lo que se discutía no era que las palabras y frases que aparecían en estas obras y que dieron lugar a la cuestión de la censura no merecían, en sí misma y como tales, censura: realmente eran escatológicas u ofensivas; los autores no las habrían empleado en caso contrario; pero, puesto que todas ellas parecían en lo que los expertos coincidían en considerar obras de arte –obras literarias de un nivel artístico realmente elevado-, podían ser permitidas- como si, entendidas como partes de todos artísticos, las palabras o frases no pudieran afectar al lector, el cual estaba, meramente por ello, inmunizado contra lo que habría sido tóxico para él si hubiera escrito o pronunciado en un contexto no artístico. Era como si el hecho de ser arte neutralizara el contenido lo mismo que en otra parte del mundo

el arte queda neutralizado si es oficialmente aceptable. Y esto es lo que permite al arte ser libre. Ciertamente persiste el peligro de que los insensibles al concepto de arte puedan buscar los libros por la emoción de ver impresas palabrotas, como todos hicimos, cuando éramos jóvenes y pícaros, con los diccionarios de nuestros padres. Pero el concepto de arte interpone entre la vida y la literatura una membrana muy tupida, que asegura la incapacidad del artista para infligir daños morales mientras se reconozca que lo que está haciendo es arte. Y esto lleva a la pesadilla de la impotencia que en cierta medida explica el alivio de algunos escritores sintieron en el mundo político en que el arte se reconocía como peligroso. (p. 176)

Existe cierto elemento normalizador en cada sentencia de absolución a una obra de arte que de alguna manera le quita su potencial transgresor y lo devuelve al mundo del arte o arte elevado, y con ello paradójicamente se construye la libertad artística. Ahora bien es una libertad que reclama no tener límites por que el arte en nuestras sociedades reclama esta misma prerrogativa, pero sobre todo porque se considera que el arte es incapaz de producir daño, por eso mismo corre el riesgo de no ser una libertad real:

Por eso por lo que la libertad en cuestión ha de ser total. Si hubiese grados y distinciones, lo estaríamos tratando como si no fuese arte. Puedes decir lo que quieras porque, como es arte, carece de significado real. Pues entonces, en realidad, tampoco es libertad. (Danto, 2003, p. 177)

A esta posición han llegado posiblemente la mayoría de países<sup>14</sup> en relación a la literatura de ficción bajo el cargo de difamación que no analizaremos en esta oportunidad, en el sentido de considerar que si bien la obra literaria puede tener como base unos hechos reales, esta hace parte de un mundo de ficción incapaz de modificar la realidad por lo que no puede afectar derechos como el buen nombre o la honra.

Los orígenes de la concepción sobre la imposibilidad del arte para causar daño se remontan para Danto (2003) a la filosofía de Platón que considera el arte como mimesis del mundo:

Simplemente considérese, por ejemplo, la teoría de que el arte es imitación. No se ha apreciado lo suficiente hasta qué punto es política la teoría, pues si se la acepta, tiene el efecto de paralizar al artista; si el público estima que el arte es ilusión, lo bastante parecida a la realidad como pare ser confundida con ésta pero lógicamente ubicada fuera de la realidad, de modo que no podría tener ni causas ni los efectos de la misma realidad –un epifenómeno ocioso-, entonces el arte se convierte en algo metafísicamente insustancial (...) (p.178)

También desde otras teorías, como la de Nietzsche sobre el origen de la tragedia, en la que esta proviene de los ritos dionisiacos a los que se domestica poniéndolos a cierta distancia, de manera que los participantes se conviertan en espectadores mientras la obra de arte esconde las energías destructivas<sup>15</sup>, y luego esas convenciones podrían ser

---

<sup>14</sup> Es el caso de España, Colombia y Chile. (Para el caso de Chile se puede consultar: El mito de la libertad de expresión en la creación artística de Domingo Lovera Parmo. Revista de Derecho Volumen XXIII No. 1 de Julio de 2010 páginas 155-180 ). Para el caso colombiano existe toda una línea jurisprudencial en este sentido, puede consultarse la sentencia sobre el libro La Bruja, de Germán Castro Caicedo.

<sup>15</sup> Considero esta una interpretación equivocada de la obra de Nietzsche, quien precisamente critica la idea de espectador: “Nosotros nos quedamos estupefactos, en efecto, tan pronto como

usadas por los artistas para decir lo que se les antoja (Danto, 2003, pp.177 y 178). Danto ofrece varios ejemplos: Aristofanes, que podía burlarse en sus obras de los altos personajes con impunidad, lo cual no es cierto, en la Grecia antigua había una relación muy fuerte entre política y teatro, como lo demuestran recientes estudios, al punto que las obras teatrales se usaban para provocar defensas y de otra parte, en los procesos se citaban obras de teatro que servían como argumentos de persuasión en los juicios. (ver Edith Hall, *The Theatrical Cast of Athens*, capítulo 12). También trae Danton el ejemplo del bufón del Medioevo que por ser poeta no estaba expuesto a peligro. Pero se equivoca, el bufón era inmune no porque fuera poeta, sino porque era bufón, es decir un personaje marginal cuya función estaba en:

Decir determinadas cosas que habitualmente un individuo que ocupara un estatus normal no podía decir, servía de consejero, debía predecir el futuro, desenmascarar mentiras, ironizar sobre los engraidos, etc. El bufón era, en cierto modo, la verdad en estado libre, pero una verdad suficientemente desarmada, suficientemente irónica para ser recibida sin herir ni tener el mismo efecto que si proviniera de alguien normal. (Foucault, 1999, 84)

Esto sugiere que el tratamiento del arte como no peligroso podría ser más reciente de lo que pensamos, aun cuando su argumentación filosófica se remonte a la antigüedad.

Finalmente se llega a la estetización con Kant.

En la estetización tenemos la suprema deslegitimación, pues reduce la obra a algo que existe para la gratificación (...) Así que, a fin de cuentas, la teoría kantiana del arte es la siguiente: las obras de arte agradan sin servir ningún interés (por eso se opone a una teoría del arte que tenga algún uso). Agradan "sin conceptos", o bien provocan la sensación de que hay un concepto sin que haya implícito ningún concepto específico, de manera que, por así decir, provocan el pensamiento sin permitir al pensamiento ninguna sustancia, lo cual sigue siendo en efecto su tema de la "intencionalidad sin intención específica"; y ese juicio estético es esencialmente universal y tan alejado de la política justamente porque la política es la esfera del conflicto, y concretamente el conflicto de intereses. Una imitación para mostrar algo con una intención, pero no puede tener ninguna intención propia, pues ésta no existe si no conocemos el original y es inútil si lo conocemos. De modo que se puede dejar libre al artista, pues lo que haga no importa. (Danto, 2003, p.179)

Bajo esta idea nacería la estética como disciplina en el siglo XVIII y coincide con el ascenso de los valores políticos del Estado Liberal, con insistencia en los derechos humanos y las libertades inalienables:

Cuando las nuevas ideas y libertades aparecieron como políticamente urgentes, constituyendo los cimientos políticos de los grandes documentos fundacionales de la historia de los derechos humanos, haciendo de la persecución de las creencias y los sentimientos una violación de la dignidad humana, la estética estaba preparada para asegurar que lo que los artistas dijeran no tendría ningún efecto político adverso. (Danto, 2003)

Aun así, según Danto (2003), después de dos siglos de esteticismo, hay aún expresiones –racista, sexista y sin duda otros- que actúan como disolventes con el

comparamos el bien conocido público teatral de hoy con aquel coro, y nos preguntamos si será posible sacar alguna vez ese público, a base de idealizarlo, algo análogo al coro trágico. Negamos esto en silencio, y ahora nos maravillamos tanto de la audacia de la aseveración de Schlegel como de la naturaleza totalmente distinta del público griego" Nietzsche: p.76

profiláctico escudo del arte, es decir que la sociedad no está dispuesta a pasar desapercibidas, como sugiere esta tesis que ha sido la obscenidad.

En conclusión, la filosofía occidental ha hecho un gran esfuerzo por deslegitimar el papel práctico de arte, como señala la frase de Edgar Win que Danto (2003) cita:

¡Hoy en día, ante un tribunal, es bastante corriente justificar una obra de dudoso valor moral ensalzando sus méritos artísticos, como si la lucha entre las dos fuerzas pudiera decidirse por una neta diferenciación en los términos! ¡Como si el peligro de inmoralidad cesase allí donde comienza el poder de la creación artística! Únicamente en una época en la que no se reconozca el poder del arte, una época en la que se haya perdido la conexión entre las fuerzas morales y artísticas, podría uno pensar y juzgar de ese modo. En una época así, la exigencia de Platón tiene que parecer un enigma. Edgar Win, *La Elocuencia de los Símbolos*, citado por Danto (2003)

Para Danto (2003) el arte es peligroso,

porque sus métodos están abiertos a la representación de cosas peligrosas, pero de tal modo que se hace tan peligroso como ellas. La representación del antisemitismo es tan peligrosa como el mismo antisemitismo, y puede que más, porque el artista utiliza su libertad para tratar los objetos de su odio en su aspecto más civilizado, es decir, como miembros de un público teatral, tal como quien se apropia de imágenes pornográficas ataca a las mujeres en su aspecto más civilizado, como miembros de un mundo artístico en el que las convenciones de ser arte se supone que les impide devolver el golpe cuando son asaltadas (...) Una vez se entiende el poder, la siguiente tarea es de índole moral: eliminar la libertad meramente formal que el concepto de arte ha adquirido, por el cual las obras de arte pueden representar cualquier cosa de cualquier modo sin efecto "porque es arte". Esta es una libertad vacía, y su choque con la realidad la vemos en el racismo y la pornografía. (pp.184-187).

Aceptemos entonces que el arte puede ser peligroso y que además merece una libertad real, es decir con límites y pensaríamos que esos límites le corresponde imponerlos al derecho, pero justamente en el capítulo anterior Danto (2003) sostenía que la responsabilidad era censura:

Es que tenemos obligación de apoyar el arte a fin de que nuestros ciudadanos lleven unas vidas dotadas de más significado, cuando pensemos en ellas o se nos las presente como obras de arte, tenemos la obligación de permitir que las cosas que definen el significado humano puedan ser cosas sumamente espantosas. Éste es un costo que aún tenemos que aceptar, por más que en 1925 nadie imaginaba algo así...A través de la Dotación Nacional, nuestros sistemas se expresa compensando las pérdidas en responsabilidad con la satisfacción de la demanda de vidas dotadas de significado. Frente a este difícil imperativo, sorprende la suma corrección con que la Dotación patrocinó las discutidas exposiciones de Robert Mapplethorpe y Andres Serrano. Sus valores no son, por supuesto, los nuestros, pero ningún valor lo es salvo aquello que nos definen como nación, lo cual significa primordialmente el valor de la libre expresión. En ese sentido, los valores son exactamente los nuestros cuando se subvencionan exposiciones que expresan valores que en absoluto son los nuestros. (p.171)

Se resalta la aproximación que hace Danton porque es capaz de percibir que hay muchas cosas en juego cuando se habla de libertad artística, los dos artículos que se citan, que se titulan *Censura y Subvención en las Artes y Arte Peligroso*, hablan de cosas diferentes pero que se implican, en el primero se refiere a la subvención al arte y cómo esta se relaciona con la libertad de expresión y la idea de nación implícita; en el segundo se refiere al arte peligroso y la necesidad de una libertad artística con límites. Sin

embargo la conclusión parece diferente para cada uno, en el primero claramente señala su posición:

El arte debería ser subvencionado y no censurado. Ésta es la posición liberal, y la mía propia... Un senador que aparecía ese día en el programa sostuvo que los artistas, como cualquier otra persona, deben ser responsables si es que se les ha de apoyar, y mi respuesta fue cómo distinguir censura de la responsabilidad. La cuestión no podía plantearse más que unida a un reconocimiento del contenido artístico: si abordásemos el arte simplemente como formalistas kantianos, la verdad es que los artistas serían juzgados según criterios abstractos, como la simetría, la proporción y la composición clásica, y no habría mucha diferencia entre someter la artillería al juicio de expertos en balística y las obras de arte al de expertos en estética, ni hablaríamos del rechazo como censura, como tampoco cuando por fin terminamos la producción de un bombardero Stealth. Pero si reconocemos el contenido y suponemos que las consideraciones formalistas son secundarias, entonces la responsabilidad es realmente una censura. (Danto, 2003, p.160)

En ambos capítulos existe la idea de que el arte es algo más que en la visión esteticista, pero en la primera pide una libertad total mientras que en el segundo artículo señala que una libertad total es un tratamiento del arte como algo banal. Esto es contradictorio, pero de nuevo pone en evidencia muchas tensiones, un país donde la libertad de expresión los define como nación tendrá que tener una posición más amplia frente a la libertad artística; si consideramos que el arte genera algún tipo de bienestar tendrá que existir una protección a las artes e incluso un subsidio; si consideramos que el arte tiene efectos en el mundo real, puede llegar a ser peligroso y además merecería unos límites, parece que no hay salida, pero aun cuando aceptemos que se necesitan límites, ¿cuáles debe ser estos límites?, aquí solo trataremos uno, la obscenidad y veremos si al final es posible decir que ha pasado con este, si continua en efecto siendo un límite, etc.

Sea también el momento para dedicar unas palabras a lo que puede ser la concepción de la libertad de expresión en los países en estudio y cómo esta afecta su visión de la libertad artística.

## **1.5 El lugar de la libertad de expresión y cómo esta afecta la visión del arte.**

En el caso de Inglaterra, se observa que el common law ha otorgado un bajo status a la libertad de expresión, señala Barendt (2009):

La ausencia de cualquier enunciado constitucional o legislativo sobre la libertad de expresión se utiliza para significar que esta libertad ha sido largamente residual. En otras palabras, esta existe donde un estatuto o las reglas del common law no restringen su ejercicio.

Sin embargo se debe señalar que las Cortes tienden a invocar los principios del common law de libertad de expresión y libertad de prensa para limitar otras reglas del common law que inhiben el ejercicio de estas libertades, en especial en el caso de difamación donde algunas veces las Cortes privilegian esta libertad sobre intereses individuales. También la Convención Europea

ha influenciado la jurisprudencia inglesa frente a la libertad de expresión en 1980 y 1990, no obstante que Inglaterra quedó sujeta a esta jurisdicción solo en el año 2000 con el Acta de Derechos Humanos (HRA 1998). También existe una presunción a favor de la expresión libre que se ha usado para restringir el alcance de Actos del Parlamento que podrían limitarla y finalmente la libertad de expresión ha jugado un rol disuasivo ante las Cortes en el desarrollo de nuevas reglas de derecho que ejerciten poderes discrecionales en una nueva manera. Sin embargo, habría que reconocer que antes de la incorporación de este derecho por el HRA, la libertad de expresión fue tratada como defensa o como una excepción o calificación de otros derechos bien establecidos. Para Barendt (2003), en contraste, cuando la libertad de expresión está constitucionalmente garantizada, los argumentos deberían ser si existe una fuerte justificación para restringir su ejercicio aún cuando hay una presunción a favor de la libertad de expresión, o al menos si se asume que este derecho tiene más peso que el interés en disputa, sea la privacidad o la reputación. Más aún, las Cortes han dado poca consideración al alcance de la libertad de expresión por fuera del contexto familiar de difamación o acciones confidenciales, y el desacato a la ley en la Corte. (pp. 40-42)

El Acta de Derechos Humanos (HRA) de 1998 incorporó la convención al derecho del Reino Unido. La convención consagra en su artículo 10 la libertad de expresión, y no le establece una categoría especial frente a los otros derechos, pero fija unos requisitos para su limitación. El hecho de la incorporación de la HRA ha implicado que se tenga que analizar su limitación, es decir, la potencialidad que implica un derecho y que no tenía cuando era solo un límite.

Traeré dos ejemplos que considero se relacionan solo indirectamente con nuestro tema: el primero es el caso *Campbell v. MGN (2004) UKHL 22*, se trató de la publicación acompañada de fotos que mostraban a Naoimi Campbell participando en una terapia para narcóticos anónimos. Luego de traer a colación la consagración de la libertad de expresión, el tribunal tiene que balancear los derechos y encuentra que:

Existen indudablemente diferentes tipos de expresión, así como hay diferentes tipos de información, algunas de las cuales tienen mayor protección en una sociedad democrática. A la cabeza se encuentra la expresión política. El libre intercambio de información y de ideas en materias relevantes a la organización de la economía, la vida social y política de un país es crucial para cualquier democracia. Sin esta, apenas se podría llamar esta una democracia del todo. Esto incluye información relevante sobre figuras públicas, en especial las que ocupan un cargo público, información que puede ser privada, pero relevante para su participación en la vida pública. La expresión intelectual y educacional también es importante en una democracia, porque es capaz de desarrollar el potencial individual para jugar parte integrante en la sociedad y la vida democrática. El lenguaje artístico y expresión es importante por razones similares, en el fomento de originalidad individual y creatividad y el pensamiento libre y dinámico que en esta sociedad valoramos mucho.

Finalmente considera que esta relevancia no la tiene una publicación sobre la intimidad de una modelo.

En el segundo caso, la Autoridad de Estándares de Publicidad se negó a publicar un anuncio de una iglesia presbiteriana por considerar el título (*El pueblo de Dios contra Sodoma*) y su contenido resultaban homofóbicos, se señaló que:

La naturaleza, propósito y el contexto total de la expresión que es restringido o interferido por el Estado estará determinado por la coherencia de la justificación en la interferencia requerida por la Corte- la interferencia dentro de la expresión política más que la comercial o artística requiere de fuertes razones que justifiquen su impedimento. (2011 NIQB 26)

Esto muestra como las Cortes Inglesas vienen considerando la libertad de expresión y empiezan a hacer jerarquías dentro de esa libertad, en primer lugar estaría la expresión política, en segundo la expresión intelectual y educacional y en tercer lugar la expresión artística (que de manera conveniente, separan de la educacional, huyendo a la confusión de que el arte debe ser instructivo), la justificación de esta última expresión se encuentra al igual que la intelectual y educacional en el desarrollo de las potencialidades individuales, mientras las limitaciones a la libertad de expresión política requerirían mayor justificación que en las limitaciones a la expresión artística, por cumplir un papel político importante en la democracia.

En Estados Unidos la libertad de expresión tiene fundamento en la Primera Enmienda<sup>16</sup>. Para Barendt (2003) el argumento de la necesidad de la libertad de expresión para la democracia ha sido el más popular para justificarla, lo que se evidencia en la fuerte protección que tiene la expresión política mientras que el lenguaje comercial tiene menos protección y el lenguaje obsceno carece de protección. La teoría del mercado de las ideas (que es la formulación americana de la tesis millian) formulada por el juez Holmes, también ha tenido importancia en la jurisprudencia, mientras que los argumentos de la dignidad y la autorrealización no han sido fundamentales para la Suprema Corte.

La Primera Enmienda, reclama Fiss (1999), ha sido entendida como un instrumento del liberalismo clásico, es decir como un campo de no intervención del Estado, lo cual ha tenido repercusiones para el debate de las artes, principalmente cuando el Estado debe actuar como patrocinador de las artes, de esta manera se considera que el Estado no estaba obligado a financiar arte obsceno (p.44). Pero es innegable la importancia política que tiene la Primera Enmienda, por eso veíamos como Danto se hacia la pregunta sobre cómo debe ser tratado el arte cuando la libertad de expresión define a una nación, esta pregunta no tendría la misma relevancia para un inglés, porque en efecto la libertad de expresión no los define a ellos como nación.

En el caso Colombiano, su fundamento principal ha sido el argumento democrático, tendríamos entonces una de aquellas visiones que llama Botero et al (2006): “democráticas, igualitarias y participativas, que si bien desconfían del Estado, también consideran que éste puede ser, en ciertos aspectos, un amigo de la libertad de expresión, al promover una mayor equidad en el flujo informativo” (p.p.8 y 9). La libertad de expresión se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política, y se ha entendido por la jurisprudencia y la doctrina que se consagra en dos dimensiones; 1) la facultad de expresar opiniones e ideas y 2) la libertad de hacer circular y recibir información. En palabras de la Corte Constitucional:

El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señalaba que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones

---

<sup>16</sup> “El congreso no puede expedir ley...coartando la libertad de expresión, o de prensa, o el derecho de las personas a reunirse pacíficamente en asamblea, y para pedir al gobierno la reparación de agravios”

e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos. Las dos libertades reciben un tratamiento distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que expongan hechos que no corresponden a la realidad o que suministre una visión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de la información” (Sentencia T-066/98 varias veces reiterada y citada por Botero et al, 2006, p.14).

En esta distinción se puede encontrar la base de la confusión que la libertad artística tiene en nuestro país. Si examinamos los casos que los doctrinantes analizan para hablar de la libertad de información, incluyen sin diferenciación sentencias sobre libertad artística, es decir donde el medio de expresión es el arte, aunque claramente estas nos tengan la función de informar y no se le puedan aplicar los límites de la libertad de información, como la veracidad, la imparcialidad, la rectificación. Además se corre el riesgo de tratar la jurisprudencia de la Corte sobre esta libertad como más garantista de lo que podría ser en realidad, toda vez, que posiblemente las sentencias más garantistas se encuentren en temas de libertad artística. Es por esto que se hace necesario hablar de una libertad específica como la libertad artística que no puede equipararse con la libertad de información y cuyo tratamiento particular por la Corte Constitucional se explica debido a la naturaleza de la materia, que en nuestros Estados tiene toda una carga sobre la función benéfica del arte, la forma en que este debería ser libre, la incapacidad de arte para ser peligroso etc., y que hemos tratado de retomar un poco en este capítulo.

Recapitulando, tenemos que entre otros muchos factores, la relación que tenga una nación con la libertad de expresión en general puede también afectar la forma en que se conciba la libertad artística, cuando, como es el caso de los países aquí analizados, se considera que esta es una especie de la libertad de expresión. Lo anterior resulta particularmente importante para un país como Estados Unidos, donde la Primera Enmienda tiene un papel político que se considera define a esa nación y que debe reflejarse en la libertad de las artes. En los otros dos casos, la libertad de expresión no juega ese papel de definición pero sin duda tiene un papel importante en la concepción de democracia, principalmente en el caso Colombiano, mientras que en el caso Inglés solo de manera reciente se ha dado este viraje producto de la entrada en vigor de la HRA de 1998. La forma en que además se justifique la libertad de expresión tendrá efectos en el lugar mismo que tenga la libertad artística, así por ejemplo, la visión clásica liberal puede oscurecer la obligación del Estado de financiar el arte transgresor (ver la financiación del arte obsceno en esta tesis), y la función de la expresión artística se puede ver opacada ante una supremacía de la expresión política. De otro lado, una visión como la reciente inglesa o la colombiana donde la expresión es fundamentalmente un valor democrático, también podría caer en este privilegio de la expresión política, pero vienen otros elementos como los del argumento de la autonomía que analizaremos en el siguiente capítulo, que podrían moderar esta visión, dando al arte un lugar importante aunque siempre secundario frente a la expresión política. Finalmente en el caso de Colombia la subdivisión entre libertad de información y difusión de los pensamientos que la jurisprudencia y la doctrina han seguido, no ha permitido darle un lugar a la libertad artística, no obstante lo inadecuado que resulta darle el tratamiento de libertad informativa.

Concluye este primer capítulo, que no habló de la libertad artística ni de obscenidad en específico, un capítulo que en primer lugar ha servido para insertar esta

tesis en el campo de los estudios de derecho y arte, específicamente en el de arte en el derecho, que si bien no implican una metodología particular, si obligan a una actitud crítica que problematice la relación derecho y arte, y evidencie que se trata de algo más que un asunto de técnica jurídica, de otra parte ha dado un panorama sobre esta difícil relación, también se ha dicho que se trata de un tópico común dentro de estos estudios de derecho y arte, como es la libertad artística en el arte obsceno. De otro lado se han identificado algunas tensiones que están implícitas en la libertad artística, con la intención de hacerlas explícitas antes que para encontrar una solución ya que se tratan de grandes discusiones en el mundo de la filosofía, la sociología, y la política, estas fueron: la tendencia de los Estados a considerar el arte como un bien bajo un función terapéutica que ha llevado a la creación de museos y su subsidio, situación que pone en evidencia visiones del arte que difícilmente contemplan lo trasgresor, esto para mostrar como una nuestros jueces carecen de un argumento filosófico-político sobre la libertad artística que incluya la obra trasgresora; también se habló de la difícil relación del derecho con la moderna tendencia de lo transgresor en las artes y del origen de la consideración del arte como una actividad sin límites que trae implícito el peligro de tratar el arte como algo banal, finalmente hablamos del lugar que tiene la libertad de expresión en los país en estudio y cómo esta podría tener implicaciones para la libertad artística.

## 2. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD ARTÍSTICA

En este capítulo, analizaremos un aspecto importante de la libertad artística en abstracto, la dificultad de encontrar una justificación comprensiva del arte transgresor dentro de las justificaciones tradicionales de la libertad de expresión, lo que aconsejaría un tratamiento independiente de la misma

Tomás Vial Solar (2006), en su análisis sobre la reciente incorporación de la libertad artística en la Constitución Política chilena<sup>17</sup>, toma los tres grandes argumentos que justifican la libertad de expresión y los aplica a su vez a la libertad artística como justificación.

El primero, es el argumento de Stuart Mill sobre la necesidad del intercambio de ideas para el alcance de la verdad, una verdad que a la vez sea producto de dicho intercambio tiene mayor valor que un paradigma así este sea verdadero. Aunque el autor reconoce la crítica que se le hace a este argumento de ser puramente intelectual, Vial (2006) considera que una aproximación al conocimiento en sentido amplio, que incluya las percepciones estéticas, lo lúdico etc., permitiría ver lo valioso del arte, y que finalmente lo que resalta el argumento milliano es que la censura encarna la idea de infalibilidad y el arte es un cuestionador de las formas tradicionales de ver, expandiendo los límites de lo aceptado y lo correcto desde lo estético y moral. (p.245). Como se observa, se trata de un argumento orientado a la defensa del arte transgresor.

El segundo argumento es la función política que cumple la libertad de expresión en un sistema democrático, que la convierte en la forma por excelencia de hacer partícipe al ciudadano de lo público, creando opinión pública. En este sentido si bien el arte cuenta con particularidades, sus temáticas no están exentas de impacto político como lo muestran las obras de Goya o Picasso, y si se entiende lo político como las formas de organizarse una sociedad y no solo circunscrito a lo Estatal, el arte tiene mayores implicaciones; por ejemplo, una obra abstracta en el contexto de la Unión Soviética puede ser considerada política, cumpliendo el arte una función política de crítica y cuestionamiento. (Vial, 2006, p.p.245 y 246)

El tercer argumento a favor de la libertad de expresión, la considera bastión de la autonomía humana, indispensable para el desarrollo libre de la persona. Se trata de un argumento fuerte a favor de la creación artística, toda vez que nuestra concepción

---

<sup>17</sup> Posiblemente el único país Latinoamericano donde tiene consagración expresa, lo cual se relaciona con el hecho de que es el país implicado en los dos únicos casos sobre creación artística con que cuenta la Corte Interamericana, como se muestra en el siguiente capítulo.

moderna del arte relaciona la persona del artista con su creación, idea que surge en el renacimiento cuando el artista comienza a ser reconocido y se diferencia del artesano, lo que no sucedía en la edad media donde la obra era generalmente encargada y debía cumplir las expectativas del comprador. La unidad entre obra y artista implica que la censura de la obra se convierte también en una limitación a la autonomía de una persona, en este caso el artista. (Vial, 2006, p.247)

El ejercicio que realiza Vial Solar resulta importante al concretar en el derecho de creación artística las tres grandes justificaciones de la libertad de expresión, colocando en evidencia la especial relevancia que tiene la libertad artística como ejercicio de esta libertad, sin embargo, los argumentos parecen ajustarse a particulares formas de arte. El argumento de Mill aplicado al arte implicaría entender este como una manera de comunicar antes que como acción artística, aun cuando entendamos el conocimiento en sentido amplio como sugiere Vidal. Se trata de la misma diferencia que se encuentra en acciones no necesariamente artísticas, entre comunicación y conducta expresiva y es por lo tanto una tensión que hace parte de la libertad de expresión en abstracto y que adquiere de nuevo relevancia cuando se aplica al mundo del arte. Esta diferenciación ha permitido por ejemplo, que la quema de la citación a prestar el servicio militar en Estados Unidos (caso O'Brien), sea considerada mera conducta expresiva por lo que no cuenta con una protección fuerte por parte de la Primera Enmienda, siendo constitucional su prohibición. La tensión la llama Gran Whalquist (2011) el talón de Aquiles de la Suprema Corte; según este autor, cuando se analiza el arte bajo la rúbrica de comunicación y se considera el aspecto puramente comunicativo, solo las expresiones artísticas que contienen un mensaje estarían protegidas bajo la Primera Enmienda (o bajo la libertad de expresión en los otros países), lo cual resulta problemático para el mundo del arte donde la forma escogida puede darle significado a la obra por encima de que esta cuente o no con un mensaje. Como ejemplo se encuentra el caso que analiza Whalquist del baile nudista o el de la pornografía que se puede entender como actividad antes que como comunicación. (Sobre el tema del baile nudista ver el último capítulo). Entender la libertad artística como intercambio de ideas, aun cuando estas ideas no sean necesariamente intelectuales, es permanecer en la concepción de la libertad de expresión como comunicación, esto es como medio para el contenido de un mensaje, cuando existen tanto conductas humanas, como expresiones artísticas que no responden a este idea.

El segundo argumento que hacía referencia a la función política, parece aplicarse mejor a obras de contenido político o a una consideración del arte como actividad política, es decir, como compromiso y posibilidad de cambiar el mundo, lo cual no es siempre así. El arte comprometido es solo una visión de lo que es el arte por lo que se estaría ignorando una gran proporción de este. Se pueda reconocer en el arte de contenido no explícitamente político una actitud política, es el caso de Danto (2003) quien señala:

(Q)ue las obras de arte de un Estado encarnan a ese Estado o que el Estado se encarna en un conjunto de obras de arte que legitima, de modo que la literatura nunca deja de ser la inscripción del orden político en que se realiza, y que en consecuencia todo arte es político, aun cuando la política no sea su contenido inmediato. (p.176)

La tendencia a politizar el arte puede transgredir el contenido de la obra, como en el ejemplo que da Vidal sobre los abstraccionistas en la Unión Soviética, ¿Se debe considerar como política, una obra abstracta simplemente por haber sido producida en el

contexto de la Unión Soviética?, ¿Es acaso diferente una obra abstracta producida en un contexto, por ejemplo capitalista?

También se pueden encontrar crítica a este argumento en Hughes (1994) que considera que: “El arte político de hoy en día no es más que un resabio de la idea de que la pintura y la escultura pueden provocar el cambio social”, es decir un rezago de la creencia terapéutica del arte que vimos en el primer capítulo, continua Hughes (1994) diciendo:

A través de toda la historia de la vanguardia, esta esperanza ha sido frustrada por la experiencia. Ninguna obra de arte del siglo XX ha tenido nunca el impacto que La cabaña del tío Tom tuvo en el pensamiento de los americanos sobre la esclavitud, o el efecto del Archipiélago Gulag en las ilusiones referentes a la verdadera naturaleza del comunismo. La más célebre y más reconocida universalmente pintura política del siglo XX es el Guernica de Picasso, y no cambió el régimen de Franco en un ápice ni acortó la vida del dictador en un segundo. Lo que de verdad cambia la opinión política son los hechos, los argumentos, las fotografías de prensa y la televisión...El arte político que tenemos en la América postmoderna es un interminable ejercicio de predicar a los conversos (p.p.198 y199).

Si el arte político no tiene entonces la capacidad en la postmodernidad de transformar el mundo, ¿cómo justificar su protección?(por supuesto se trata de una pregunta retórica que no intento responder).

El último argumento es el que mejor aplicación tiene si pensamos en nuestra comprensión del arte como parte del desarrollo de la subjetividad del artista, pero bajo este no habría diferencia a primera vista entre el arte y otras formas de desarrollo de la personalidad. Se observa sin embargo que el arte cuenta con un estatus en nuestra sociedad que lo convierten en un bien merecedor de subsidio, y existe cierta sensibilidad en la sociedad que en ocasiones la lleva a reaccionar de manera personal ante la censura artística. Como si la censura de la obra no solo se limitara la autonomía de una persona, sino la posibilidad que tenemos los espectadores de abrir un horizonte de sentido, es decir de construir nuestra propia autonomía.

Con la crisis en el concepto de arte, producto de artistas como Duchamp, o Warhol que hicieron de los objetos cotidianos obras de arte, nuestra capacidad de identificar lo artístico se ve imposibilitada, a la vez que el concepto mismo de lo que es arte, o si se quiere identificar la crisis del arte con otro momento histórico se puede volver a la pregunta de si ¿Es posible el arte después de Auschwitz? como lo hiciera Theodor Adorno. Ambas formas de considerar la crisis implican distintas tensiones, en el caso de la pregunta de Adorno lo que habría cambiado es nuestra sensibilidad con respecto al arte, por lo que bajo esta premisa, evidenciar que el arte no merece una especial protección sería admitir que nuestra sensibilidad enferma ha contaminado el campo del derecho con las consecuencias que esto pudiera traer; mientras que en la primera el artista ha dejado de ser alguien que hace arte, para convertirse en alguien con capacidad de ampliar el concepto de arte y esa tensión se traslada al mundo de derecho en el que los jueces como representantes de lo que la tradición consideran arte, chocan con la capacidad del artista para modificar este concepto. Es decir, una lucha de poderes por quien tiene la última palabra sobre lo artístico.

Analizar estos límites de lo que los jueces consideran o no arte, es evidenciar la crisis del arte en el mundo del derecho pero en el caso de este trabajo de grado, de aquello que por su contenido principalmente sexual el mundo del derecho se ha resistido

a considerar como arte dándole la etiqueta de obsceno, a la vez que de formas no tradicionales del arte que reclaman el mismo estatus, como el baile nudista o el performing art, es decir por lo que es el contenido y forma obscenos, aunque esta diferencia contenido y forma no se puede aplicar a todas las formas de arte. En los casos que analizaremos se observa como esa sensibilidad a lo artístico parece perseverar tanto en el sentido de conciliar las obras que ya han sido culturalmente aceptadas como arte con el límite de la obscenidad, como por mantener por fuera de protección obras que no pertenecen a la alta cultura. A su vez da cuenta de la lucha por quién tiene la capacidad de decidir lo qué es o no arte, si los artistas, si los jueces o los críticos. Muchas de las sentencias judiciales no consiguen esquivar la tentación de decidir sobre lo artístico, porque finalmente en estas batallas judiciales no solo se está estableciendo una libertad, sino delimitando lo que en un escenario particular se considera arte y por tanto merece ciertos privilegios.

La tensión entre libertad de expresión y libre creación artística que vimos a través de la aplicación de las justificaciones de una en la otra, queda mejor expresada en palabras de Danto (2003):

Toda vez que entre los ciudadanos y la libertad de expresión hay una relación de orden diferente a la que hay entre los ciudadanos y el arte, que para ellos no es tan solo un derecho como una necesidad. La libertad puede o no ser una necesidad, pero definitivamente es un derecho. Nuestra relación con la libertad nos define como nación. Nuestra relación con el arte, por el contrario nos define como cultura. De modo que son tipos de argumentos muy diferentes los que se aplican cuando, desde la posición que pretendemos defender, nos dirigimos a uno u otra de las demás posiciones. A través de este difícil terreno no existe camino recto. (Danto: 160 y 161)

La libertad artística puede ser una modalidad de la libertad de expresión, pero es a su vez algo más que esto, están en juego otros valores como nuestra concepción de lo que es cultura y cómo nos definimos como nación.

Retomando entonces la pregunta inicial, ¿Cómo justificar la existencia de la libertad artística incluso en un mundo donde no existe certeza sobre lo que es arte, y sin caer en una concepción del arte como terapia (a la que ya no responde el arte transgresor)? Es una pregunta difícil, ya vimos que no resulta adecuado trasladar los argumentos de la libertad de expresión, ya que no toda forma artística es comunicativa, la politización puede transgredir su contenido y la autonomía del artista no es suficiente para entender lo que esconde la censura artística.

La respuesta que da Danto (2003) es que el arte es:

Algo de capital importancia para dotar de sentido a la vida, aunque nadie tenga una visión clara de por qué esto ha de ser así o de cómo justificar esa visión. A mi entender, existe unanimidad tácita en que el arte provee de los valores supremos reconocidos por la existencia secular, quizá con la sola excepción del amor. Nadie sabe explicar por qué esto es así (...) Se sigue además que el arte no puede dotar de significado la vida sin la sombra de la disidencia, la diferencia y la ofensa. Si hay un derecho básico a una vida dotada de sentido de la que el arte forme parte, no hay forma de escapar a la posibilidad de herir sensibilidades morales. El arte no podría tener la seriedad que tiene sin implicar peligros y desacuerdos. (p.p.165-167)

Lo que podemos traducir al derecho diciendo que la libertad artística se relaciona en nuestras sociedades con la autonomía no solo del artista sino de la ciudadanía en general, aunque no se sepa muy bien el por qué. Me resisto a esta última parte del

argumento pero debo reconocer que por el momento no encuentro una justificación distinta, esta posición también trae implícita una concepción sobre los límites, o mejor sobre un arte sin límites que señalé en el primer capítulo, resumiendo sería esta: si el arte es algo que puede dotar de sentido la vida, debe reconocerse su capacidad para actuar en el mundo y por la tanto merece límites, ¿cuáles? no lo sabemos, aquí intentaremos acercarnos al de obscenidad.

Para Paul Keans (2006):

El Arte tiene una distinción ontológica, y es culturalmente reconocido como un cuerpo discreto con valor, que emerge de la creatividad individual, que tiene un significado espiritual, que se refleja por ejemplo, en el término francés para la propiedad intelectual de "*oeuvres d'esprit*". Desde una perspectiva purista, espiritual, cuando el arte se lanza contra las consideraciones morales públicas, los frutos de la expresividad artística deben ser acomodados y protegidos dentro de los test y mecanismos de ley. Una opinión personal es que el filosófico y cultural reconocimiento de la autonomía del arte debe invitar a un tratamiento especial individual del arte por los legisladores para que cualquier "transgresión" percibida de los límites morales aceptables en un contexto social sean entendidas teniendo lugar dentro de un orden artístico, y dentro de los cánones internos normales que operan en el arte. Este nivel de selectivo tratamiento judicial bajo la Convención Europea, debe ser alcanzado aun bajo la supuesta paridad cultural de los subconjuntos de la sociedad, incluyendo el arte, dentro de un principio central del reconocimiento cultural en la era presente, que es filosóficamente reconocida como igualitaria y postmoderna. (p.25)

No hay en Kearns una visión esteticista del arte, es capaz de reconocer el poder que el arte puede tener, e incluso los peligros que conlleva pero aún así la considera como una esfera intocable para el derecho, considero que el derecho debe reconocer las particularidades del arte, lo cual lleva a que no se equipare a un medio de comunicación, ni a una expresión comercial, pero entendiendo que tiene efectos en el mundo y por esto mismo debe tener límites.

Se podría intentar recorrer el otro camino, es decir hablar de por qué el arte no debe ser limitado o censurado, pero no se quiere hacer aquí, porque si bien se encuentra en las sentencias muchas razones que hacen infructífera la censura judicial, esta tesis terminaría hablando de por qué no debería existir la censura, aquí se aborda el tema desde el derecho y en la actualidad los derecho no pueden ser vistos como espacios de no intervención (es decir en el sentido liberal clásico), y de otra parte porque la concepción de derecho implica límites, y una justificación desde la eliminación de la censura llevaría a una libertad sin límites y por lo tanto un no derecho, de otra parte también podría caerse en la confusión que señala Barendt (2009):

Una confusión habitual se da entre la constitucionalidad y la sabiduría de la legislación para controlar la pornografía (en nuestro caso el arte obsceno). Una regla judicial que señale que el material sexual explícito no está constitucionalmente protegido no significa que este es sensible a prohibir su distribución. La decisión es simplemente dejada al legislador. Existen buenos argumentos contra el intento de suprimir este material que no tiene nada que ver con derechos constitucionales: las leyes de obscenidad son difíciles de aplicar, la tarea puede distraer a la policía de tareas más acuciantes, y la intervención interfiere con la privacidad y otras libertades personales, sin importar o no tenga una estatus constitucional. (p.354)

Aún cuando la expresión obscena no tenga protección, esto no significa que tenga que ser obligatoriamente restringida, habrían argumentos que justificarían su no

limitación, pero si resulta que es una expresión protegida entonces su limitación tendrá que garantizar un mínimo para que el derecho no resulte inoperante.

Naciones Unidas viene prestando un reciente interés por la libertad de expresión artística y en el mes de noviembre de 2012, envió un cuestionario a varias organizaciones que promueven esta libertad, en orden a realizar un reporte en la UN Human Right Council en Junio de 2013. El *Programme Manager*, Ole Reitov, señaló frente a la importancia de este derecho:

La problemática de la libertad artística es crucial para cualquier nación. No se trata solo del derecho del artista a expresarse libremente, es también el asunto sobre el derecho de los ciudadanos a acceder a la expresión artística y tomar parte de la vida cultural y este es una de las cuestiones claves para la democracia... La protección a la expresión artística es tan importante para el desarrollo de la democracia como la protección de los trabajadores de medios. Con frecuencia los artistas –a través de la música, las artes visuales o películas– ponen la “aguja en el ojo” y hacen eco de millones de personas, algunas de las cuales no saben leer ni tienen posibilidad de expresarse. (Recurso virtual de la página FREEMUSE)

De la anterior declaración se resalta la consideración más allá de la libertad de expresión del artista para hablar del acceso a la cultura, sin embargo no se explica el por qué es clave esto para la democracia. La última frase parece reivindicar la función política del arte, cayendo en los problemas que esta visión conlleva y que señalé con relación al segundo argumento, y finalmente la equiparación con los trabajadores de los medios vuelve al problema del arte como comunicación del primer argumento, solo que una comunicación que no necesita alfabetización. Habrá sin embargo que esperar a que se produzca el informe para aclarar cuál es la justificación que Naciones Unidas ofrece, frente a esta libertad.

La dificultad de encontrar fundamento para la libertad artística, luego de lo que ha significado el arte transgresor, pone en evidencia una contradicción insuperable. En nuestras democracias justificamos los derechos a partir del valor que estos tienen y principalmente del valor que tienen para la democracia, y precisamente lo que ha querido el arte postmoderno es renunciar a esta diferenciación entre el arte que es o no valioso, y trastocar eso que es valioso en nuestras sociedades, ya sea en el sentido de lo valioso en términos estéticos, económicos o incluso en el sentido mismo de potenciar algo más, como la tolerancia o incluso la autonomía, de esta manera el arte renuncia a cualquier concepción utilitarista, esto hace imposible la labor de encontrar una justificación para la libertad artística en nuestra visión moderna de lo que es el derecho, tal justificación solo es posible en un derecho postmoderno que no recurra al estándar de lo valioso, y que nuestros Estados no han dado a luz.

Esta tesis sin embargo no se refiere a la actividad artística en general sino a la libertad de creación del arte obsceno, por lo que será necesario concretar la pregunta por la justificación de este derecho en esta particular límite.

## **3. LA LIBERTAD ARTÍSTICA EN LAS CORTES INTERNACIONALES DE JUSTICIA**

Este trabajo de grado pretende hacer un estudio comparado de la libertad artística del arte obsceno en Estados Unidos, Inglaterra y Colombia. Los Estados Unidos no se encuentran sujetos a jurisdicción internacional en materia de libertades, mientras que Colombia aprobó la Convención de Derechos Humanos y reconoce la jurisdicción de la Corte Interamericana de Justicia (CIDH), e Inglaterra reconoce la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Estos tribunales cuentan con algunos pronunciamientos sobre la libertad artística e incluso algunos sobre arte obsceno, que dan cuenta de su posición frente a esta libertad y que tendrán implicaciones en los países sujetos a su jurisdicción.

### **3.1 La libertad artística en el Tribunal Europeo de Justicia**

Como señala Paul Kearns, la libertad artística esta implícitamente regulada en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>18</sup>, que cubre el lenguaje "simbólico" y con este a la obra artística. Al arte no se le ofrece un lugar especial de protección frente a la moral pública en la Convención que en su numeral dos establece que el ejercicio de la libertad de expresión puede estar sujeto a formalidades, restricciones o penalidades cuando sea necesario entre otras cosas para la protección de la moral.

---

<sup>18</sup> "1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers ...2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

Existen también algunas referencias a los derechos humanos de los artistas más allá de la Convención:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la necesidad de internacionalizar la relación entre arte y libertad. En su artículo 19, la Declaración protege el derecho de todos a participar en la vida cultural de la comunidad, y el derecho de todo autor a obtener protección de sus intereses morales y materiales, resultado de su producción artística y literaria. La libertad artística no está per se explícitamente referida pero es implícitamente protegida bajo estos párrafos. La declaración tampoco es un instrumento vinculante del derecho humanitario, lo que restringe su práctica sino a un valor icónico; pese a su mera retórica, ha propiciado dos pactos que se relacionan con materias artísticas. El primero es el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, en su artículo 19 parágrafo 2, reitera el compromiso por la protección de la libertad de expresión en general, y aunque no reconoce que exista un arte que no es cognitivo sino simplemente afectivo, procede a protegerlo, específicamente entre otros, la impartición de información e ideas en forma de arte. A través de esta provisión que resulta de ayuda para los artistas, el parágrafo enfatiza únicamente el fomento de la incidental función del arte, algunas veces, la ideación, más que la promoción y protección de arte en toda su ontológica complejidad. Más aun, hay una deuda dada la textura amplia y abierta de la previsión que ayuda el reconocimiento del arte para propósitos de protección. Un elemento importante es el parágrafo 3 de la ley que es una acomodación prescriptiva de otros intereses en competencia con los artistas, que deben ser estrictamente observados bajo el artículo 19 como una prioridad contrastante en la forma de una lista de legítimas restricciones a la libertad artística. Este compensatorio set de intereses que incluyen los derechos de reputación y otros que necesitan una protección comunal como la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral pública, tienen un lugar importante, e incluso draconiano, como limitaciones a la libertad artística que también aparecen en la Convención Europea de Derechos Humanos. Aunque estas restricciones conflictivas no deben socavar la esencia de derecho de libertad artística dentro del rango de los derechos humanos cardinales de libertad de expresión, incluyendo lenguaje simbólico. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no hay ninguna referencia a la sociedad democrática, que es un elemento central de la Convención Europea porque el Pacto es un híbrido del contexto político global. Esto plantea hasta qué punto una verdadera observancia de los derechos humanos puede trabajar exitosamente únicamente dentro del marco democrático, como algunos comentaristas insisten. (Kearns, 2007, pp.146 y 147)

Luego de esta revisión sobre la libertad artística en los instrumentos internacionales de la Corte Europea que nos proporciona Kearns, se analizarán los casos sobre libertad artística con que cuenta esta jurisdicción internacional.

El primer caso del TEDH guarda directa relación con Inglaterra, se trató de *Handyside v United Kingdom E Ct HRR A 24 (1976), 1EHRR 737*, con ocasión de un libro escolar llamado “*El pequeño libro rojo del colegio*”, un texto que respondía dudas sobre educación sexual y que fuera escrito por los daneses Soren Hansen y Jesper Jensen, los temas controversiales hacían referencia a relaciones homosexuales y masturbación. El libro había llegado a varios países europeos sin problema alguno, pero cuando Richard Handyside propietario de la editorial “*Stage 1*”, compró sus derechos, lo tradujo al idioma inglés y luego intentó distribuirlo en varias escuelas, fue condenado bajo el Acta de Publicaciones Obscenas de 1959 (OPA).

La sentencia del TEDH se limita a reconocer la autonomía de los Estados para proteger su moral siempre que se haga: bajo una ley precedente, con un fin legítimo como es la protección de la moral, y quede establecido que la medida es necesaria en una democracia.

El TEDH debe resolver si su análisis es sobre la racionalidad de la medida aplicada por el Estado o si se examina el libro directamente a la luz de la Convención, el Tribunal considera que la protección que establece la convención es subsidiaria al sistema de salvaguardia que tiene las naciones de esta manera:

No es posible encontrar un ley domestica de varios Estados que contengan un concepto uniforme de moral. La vista sobre las respectivas leyes y los requisitos morales varían de tiempo en tiempo y de lugar en lugar, especialmente nuestros tiempos se caracterizan por una rápida y amplia evolución de opiniones en los sujetos. En razón a sus directos y continuos contactos con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades están en principio en mejor posición que los jueces internacional para dar una opinión sobre el exacto contenido de estos requisitos (...)

También aclara que el significado de necesario del artículo 10 es diferente del de indispensable, o de absolutamente necesario, o estrictamente necesario. El artículo 10 también concede un margen de apreciación que esta dado tanto por la prescripción de la ley como por los funcionarios que la interpretan. Los límites al margen de apreciación están dados tanto por el objetivo de la medida como por la necesidad, no solo de la ley sino de la decisión en que se aplica.

Como señala Kearns (2006), el TEDH cae en un relativismo que podría justificar estrechas posiciones y la incapacidad de la propia Corte para actuar sobre estos, truncando las esperanzas de que entre a proteger los derechos de las personas afectadas por concepciones estrechas sobre moralidad. (p. 26)

El siguiente caso de relevancia envuelve de nuevo a Inglaterra, se trató de *X and Y v United Kingdom*, 28 DR 77 (1982), una controversia bajo el crimen de blasfemia, luego de que un poema acompañado de ilustración, que mostraba el encuentro sexual entre un soldado y el cuerpo muerto de Cristo, fuese publicado en una revista gay. El TEDH considera en primer lugar si se cumple con el requisito de estar expresamente señalado el delito en la ley, lo cual no resulta sencillo de establecer toda vez que la blasfemia<sup>19</sup> tiene sus orígenes en el common law y aunque su existencia no se pone en duda, su precisión resulta menos clara. Sin embargo, el TEDH encuentra ajustada la interpretación que hace la Casa de los Lores, solo un punto no resulta claro, lo que respecta a la *mens rea*, concluyendo que este elemento para este delito, consiste simplemente en la intención de publicar, por lo que se encuentra satisfecho en este caso.

Se considera que el delito de blasfemia protege el derecho de los ciudadanos a no ser ofendidos en su sentimiento religioso por la publicación, lo que es un propósito legítimamente reconocido por la Convención. Para el TEDH no cabe duda de que la prohibición de blasfemia es necesaria dentro de una sociedad democrática, si es aceptado que los sentimientos religiosos de los ciudadanos deben ser protegidos frente a incidentales ataques en materias que son sagradas para ellos, así mismo se debe considerar la necesidad en una sociedad democrática de estipular que estos ataques constituyen una ofensa criminal.

---

<sup>19</sup> El delito de blasfemia fue abolido en Inglaterra a partir de 8 de Julio de 2008 de acuerdo a la sección 70 del Acta de Justicia e Inmigración de 2008.

Kearns (2006) encuentra que el TEDH no tiene en cuenta que se trataba de una publicación gay, que llegaba a un número limitado y bastante delimitado de público y que se trataba de una obra artística por lo que no debía ser entendida literalmente, sino como una invitación a una reacción similar a la del humor. Para Kearns, el arte como el humor tiene una intención oblicua más que literal que debe ser adecuada y correctamente considerada con el respeto debido por su ontología hacia una audiencia adulta. (p.26)

Se discutiría luego el caso *Muller v Switzerland, E Ct HRR A 113 (1991), 13 EHRR 212*, sobre la persecución a un artista bajo la ley Suiza de obscenidad producto de un evento en una galería abierta, donde expuso una escena que incluía imágenes de homosexualidad y bestialidad. Se trataba de una galería pública y no había ninguna previsión en la puerta sobre el contenido. Las pinturas fueron secuestradas y se impuso una multa bajo una ley criminal. Lo primero que establece el TEDH es que los hechos caben bajo el Artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos que protege la libertad de expresión, toda vez que el arte se encuentra claramente protegido bajo este artículo. Así mismo el artista está sujeto a las restricciones de este artículo, que incluyen la moralidad pública, sobre el cual son las autoridades suizas las que están en mejor capacidad para establecer las limitaciones.

Para Kearns (2006) en este caso el TEDH sigue su propio acercamiento del margen de apreciación formulado en *Handyside*, esta vez usando una concepción muy provincial de arte con excesiva sensibilidad. (p.26)

El siguiente referente fue *Choudhury v United Kingdom, 12 HRLJ 172 (1991)*. En este caso el TEDH no se refiere a la libertad de expresión sino a la libertad religiosa, sin embargo Kearns (2006) considera que tiene repercusiones en la creación artística. En efecto, se trata de la consideración que el Tribunal Europeo hace frente a la denuncia de un ciudadano inglés de religión musulmana en contra del escritor Salman Rushie. Inglaterra cuenta con una proscripción expresa de blasfemia para el cristianismo, que la comunidad musulmana ha solicitado se extienda a esta religión con motivo de la gran conmoción de *Los Versos Satánicos*. En el problema jurídico que se plantea se observa, como señala Kearns, que tiene consecuencias para la libertad artística. El TEDH analiza si la libertad de religión consagrada en el artículo 9 de la Convención se puede extender para garantizar el derecho a una específica acción en contra de quienes por autoría o publicación, ofenden la sensibilidad de un individuo o un grupo de individuos, la sentencia desecha esta posibilidad sin ningún análisis al considerar que no hay relación entre la libre interferencia y el artículo 9.

La preocupación que Kearns (2006) encuentra, es la pregunta por si puede un libro producto de la imaginación ser capaz de cometer blasfemia. (Kearns, 2006, p.26)

En el siguiente caso se encuentra similar preocupación, se trató de *Otto-Preminger Institute v Austria, E Ct HRR A 295-A (1994), 19 EHRR, Eur Ct HR*. El Otto-Preminger Institute es una fundación promotora de la creatividad, presentó la película "*Council in Heaven*" de Werner Schroeter realizada en 1981 y basada en un obra de teatro. La exposición fue solo permitida para mayores de diez y siete años. La Iglesia Romana Católica inició un proceso penal por desprecio a las doctrinas religiosas. El TEDH consideró que en Austria alrededor del 70% de la población es católica, y por lo tanto existe un legítimo interés del gobierno en preservar la paz religiosa. Frente al hecho de que las personas que acudirían a ver la película tendrían que pagar una cuota, estarían por encima de los diez y siete años y había suficiente publicidad sobre el tipo de

material al que voluntariamente se expondrían; señala el Tribunal de manera inédita, que esta publicidad lo haría más susceptible de causar ofensa y que finalmente son las autoridades austriacas las que pueden juzgar mejor la necesidad de la medida; de esta manera el TEDH concluye que no existe violación al artículo 10 aun cuando se tiene establecido que la libertad artística se encuentra contemplada en este artículo de la Convención. La Constitución austriaca como la alemana cuentan con un artículo específico que establece la protección de la libertad artística, el artículo 17 de la Ley Austriaca Básica, lo que muestra que su consagración expresa no necesariamente se materializa en una mayor protección al arte.

Kearns (2006) encuentra insólito en esta sentencia, que en este caso el film sería mostrado como cine arte, en un art cinema, y las personas que acudirían libremente estaban enteradas sobre el tipo de material al que serían expuestas por lo que ninguna ofensa resultaría. (p.27)

El caso siguiente es *Wingrove v United Kingdom*, 24 EHHR 1 (1997), de nuevo una película, *Las Visiones del Éxtasis* sobre la vida de Teresa de Ávila y la escultura de Bernini que muestra los raptos de pasión que experimentaba esta religiosa. El Estado demandado fue de nuevo el Reino Unido. En Reino Unido los films se rigen por la Video Recordings Act de 1984, el acta permite que se designen clasificadores que se encargan, como su nombre lo indica de dar una clasificación a la película. Por orden del Secretario de Estado se ordenó al comité, clasificar las obras obscenas en el sentido del Acta de Publicaciones Obscenas de 1959 (OPA) o que atenten contra otras disposiciones de la ley criminal. La decisión de este comité tiene apelación ante el Video Appeals Committee. En este caso, el British Board of Films Classification, se negó a expedir el certificado a la película por considerar que infringía la previsión criminal que sanciona la blasfemia. Según el TEDH, como la blasfemia carece de una precisa definición legal así como las demás cuestiones morales, las autoridades nacionales cuentan con alguna flexibilidad para juzgar los casos. Por los antecedentes anteriores a los que se remite el TEDH queda claro que se ha reconocido como legítima la limitación de la libertad de expresión para garantizar que no se insulten los sentimientos religiosos de los ciudadanos<sup>20</sup>, que corresponden a la protección del “derecho de los otros”, según el significado del segundo parágrafo del artículo 10 del convención y con la libertad religiosa del artículo 9.

Para que una limitación cualquiera, sea compatible con el artículo 10 de la convención debe satisfacer el test de proporcionalidad que establece el segundo inciso del mismo artículo. A saber, la necesidad en una sociedad democrática, en el cual los Estados tienen un amplio aunque no ilimitado margen de apreciación. Finalmente el TEDH decide cuándo la restricción es compatible en una circunstancia particular, si esta corresponde a una necesidad social y si es proporcional con el legítimo bien perseguido. La Corte también retoma de la posición de las Cortes inglesas:

En cuanto al contenido de la propia ley, la Corte observa que las leyes Inglesas sobre blasfemia no prohíben la expresión de ninguna forma, de las visiones hostiles a la religión Cristiana. No se puede decir que las opiniones ofensivas al cristianismo

---

<sup>20</sup> Claro, siempre que estos sean cristianos, ya que como se señala en esta sentencia: “El incontestable hecho de que la ley de blasfemia no trata en pie de igualdad las diferentes religiones en el Reino Unido no va en detrimento de la legitimidad del fin perseguido en el presente contexto”

caen necesariamente en este ámbito. Como las Cortes Inglesas tienen establecido, es en la manera en que las visiones son propuesta más que la visión en si misma que la ley busca controlar.

Se trata de la distinción forma-contenido, que muchas formas artísticas no hacen, y cuyo principal ejemplo es la danza, o que pueden hacer, pero donde la forma es la que da el contenido, esto es algo fundamental en el arte, y de otra parte se ha convertido en una forma oculta de limitar al arte bajo el argumento de que no existe ningún tema vedado pero la aproximación al mismo debe de hacerse de una forma “adecuada”, y ¿cuál es esta forma?, obviamente una forma en que el arte no amenace el *status quo*, este argumento se utiliza en general para limitar las formas de protesta, y en este campo podrían tener mayor sentido, pero esta misma pretensión no se puede aplicar al arte sin limitar ampliamente la libertad artística.

Estos antecedentes hacen justicia al epíteto usado por Kearns (2006), cuando la llama: “La Corte recalcitrante apática al arte”. Como conclusiones este autor señala, la renuencia de los artistas de recurrir a el TEDH al no encontrar antecedentes a su favor; en segundo lugar, que las legislaciones nacionales podrían ahora estar más en armonía con los procesos artísticos, sin que incluyan ocasionales excesos morales revolucionarios y por esto existen fallas en las persecución; en tercer lugar puede que el arte se haya vuelto menos opositor a la moralidad convencional en sus varias representaciones. Sin embargo, para este autor sería prematuro pensar que la autonomía cultural de las artes, es ahora reconocida por las amplias excepciones legales de la investigación criminal en Europa, ya que una categoría excepcional de inmunidad de los proceso legales no ha sido pronunciada oficialmente o incluso registrado de manera informal por los críticos de arte y el público en general. Como vimos, incluso cuando la legislación establece explícitamente la garantía de libertad para las artes, como en Alemania o nuestro caso citado de Austria, esto no se convierte en una presunción a favor de la libertad artística cuando los estándares de moralidad son aceptados incluso en altas instancia de juzgamiento. Normalmente los Estados establecen un sistema de prioridades de libertad, donde la más importante es la libertad de expresión política, que es seguida en términos de importancia por la libertad de expresión artística y la libertad de expresión comercial se dice que es la de menor protección. Para Paul Kearns (2006), que nos ha llevado por este recorrido a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, las jerarquías entre estas libertades deben ser reevaluadas, ya que se evidencia la desventaja de los artistas para presentarse ante un importante organismo internacional, como el TEDH, que fue fundacionalmente diseñado para proteger derechos como los relacionados con la honorable empresa artística. (p.28).

De los autores analizados en esta tesis, Kearns es el que más radicalmente defiende la libertad artística como reconocimiento del estatus y la ontología del arte, resulta algo ingenua esta posición de entender el arte como una expresión del espíritu y que sobre todo sea tan sencillo reconocer qué es o no lo artístico para darle un tratamiento preferencial, obviamente esto no es un problema para Kearns, que se refiere al arte como alta cultura.

Existen también algunos casos en el TEDH, relacionados con el arte sedicioso. En 1999 se juzgó el caso *Karata v. Turkey ECHR/ 94 (1999)*. Karata es un escritor Turco que en 1991 publicó una antología de poemas bajo el título *La Canción de la Rebelión*, siendo procesado por la Corte de Seguridad Nacional por diseminar propaganda contra la unidad del Estado, en aplicación del Acta de Prevención del Terrorismo, y se

confiscaron las copias. En este caso el TEDH evaluó que se dieran los requisitos para limitar la libertad de expresión, reconoce que la limitación se encontraba prescrita en la ley sobre prevención del terrorismo, que la limitación hace parte de los esfuerzos de las autoridades por combatir las actividades terroristas ilegales y mantener la seguridad, fines legítimos bajo el artículo 10 de la Convención; además, teniendo en cuenta la situación de violencia en el sudeste de Turquía producto de movimientos separatistas, las autoridades deben estar alerta de los actos que puedan generar más violencia. Frente a la necesidad de la medida en una sociedad democrática, el autor había señalado que las autoridades estaban castigando la referencia del poema a los kurdos de Kurdistán; en este punto la Corte no puede evitar entrar a interpretar el poema y señala:

La obra en disputa contiene un poema que, a través del frecuente uso de metáforas y pathos, llama al auto sacrificio por Kurdistán e incluye algunos pasajes particularmente agresivos dirigidos a las autoridades turcas. Tomado literalmente, el poema puede interpretarse como incitando a los lectores al odio, revuelta y el uso de la violencia. Al decidir si lo hizo, hay que tener en cuenta que el medio utilizado fue la poesía, una forma de expresión artística que apela sólo a una minoría de lectores. A este respecto la Corte observa que el artículo 10 incluye la libertad de expresión artística -en particular en la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas- que brinda la oportunidad de participar en el intercambio público cultural, político y social de informaciones e ideas de toda índole. Aquellos que ejecuten, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que es esencial para una sociedad democrática (...) La Corte observa que el solicitante es un sujeto privado que expresa su punto de vista a través de la poesía, que por definición tiene una pequeña audiencia a diferencia de los medios de comunicación, hecho que disminuye su potencial impacto en la seguridad nacional, el orden público o la integridad nacional en grado sustancial. Esto a pesar de que algunos pasajes el poema tienen un tono bastante agresivo y llaman a la violencia, la Corte encuentra que el hecho que fueran de naturaleza artística y de impacto limitado lo convierte, menos en una llamada al levantamiento que una expresión de profunda angustia frente al situación política (...)

Esto y la pena de trece años que se impuso, lleva al TEDH a la convicción de que se trató de una acción desproporcionada no necesaria en una sociedad democrática.

Para Kearns (2010), en este caso si bien el TEDH no presentó argumentos que señalaran la autonomía del arte, se reconoció que la colección poética era literatura en oposición, a una obra política. (p.92)

Otro caso sobre sedición que involucra el arte se encuentra en *Alinak v. Turquía Application No. 40287/98 de 29 de Marzo 2005*. El señor Sarsma, un abogado y miembro de la Gran Asamblea Nacional de Turquía escribió una novela titulada *The Heat of Şiro* (El Frigor de Şiro), basado en hechos reales. Las autoridades confiscaron el libro bajo el argumento de que la obra incitaba al odio y la hostilidad haciendo distinción entre los ciudadanos Turcos con base en grupos étnicos y la identidad regional. El TEDH de nuevo aplica el test de proporcionalidad, y encuentra que la limitación se encontraba consagrada en el código criminal, que busca un fin legítimo como la prevención del desorden y el crimen, pero que:

Tomado literalmente, ciertos pasajes pueden interpretarse como incitando a los lectores al odio, revuelta o el uso de la violencia. Para decidir si efectivamente lo

hizo, no obstante, hay que tener en cuenta que el medio utilizado por el solicitante era una novela, una forma de expresión artística que atrae a un público relativamente estrecho en comparación con, por ejemplo, los medios de comunicación.

Bajo la misma apreciación del caso anterior, sentenció que la medida no cumplía con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática.

En el 2005 también se produciría otra sentencia de interés, en el caso *I.A v. Turquía A Application No. 42571/98 de 13 de Diciembre 2005*. En esta oportunidad el editor identificado en la sentencia como I.A, publicó en 1993 la novela *Yasak Tümceler (Las frases prohibidas)*, que según el TEDH trataba de manera novelesca, las ideas del autor sobre de cuestiones filosóficas y teológicas, la novela en algunos pasajes cuestionaba la religión musulmana. El libro tuvo una única edición de dos mil ejemplares. El editor fue procesado bajo un artículo del Código Penal, por haber injuriado a través de la publicación a “Dios, la religión, el Profeta y el Libro Sagrado”, fue condenado a dos años de prisión, pena sustituida por una módica multa. En este caso el Tribunal interpreta el problema como una enfrentamiento entre el derecho del demandante a comunicar al público sus ideas, es decir, que no analiza que el medio usado era una novela y que como obra literaria el autor no necesariamente estaba expresando su convicción; y por otro lado, el derecho de las otras personas a su libertad de conciencia y religión. Señala que su análisis se dirige a resolver si la injerencia corresponde a una necesidad social imperiosa y si es proporcional con la finalidad perseguida, teniendo en cuenta el margen de apreciación de los Estados.

En interpretación del Tribunal, si bien en una sociedad democrática las personas deben tolerar el rechazo del prójimo a sus creencias:

(...) en este caso, no se trata sólo de propósitos que se enfrentan o chocan, ni de una opinión «provocadora», sino de un ataque injurioso contra la persona del profeta del Islam. No obstante, el hecho de que reine cierta tolerancia en el seno de la sociedad turca, profundamente vinculada al principio de laicidad, cuando se trata de la crítica de dogmas religiosos, los creyentes pueden legítimamente sentir ataques de manera injustificada y ofensiva a los siguiente pasajes: «Alguna de estas palabras se ha inspirado en un arrebatado de exultación, en el brazo de Ayse (...). El mensajero de Dios rompió el ayuno por una relación sexual, después de la cena y antes del rezo. Mohammed no prohibía las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo».

En consecuencia, el TEDH considera que la medida en litigio trataba de ofrecer una protección contra los ataques ofensivos a cuestiones consideradas sagradas por los musulmanes. Respecto a este punto, considera que la adopción de una medida contra los propósitos incriminados podía razonablemente responder a una «necesidad social imperiosa». El Tribunal concluye que las autoridades no rebasaron su margen de apreciación al respecto y que los motivos planteados por los tribunales internos eran suficientes y pertinentes para justificar una medida contra el demandante.

Luego de considerar que la medida era necesaria, considera que fue proporcionada debido a que la condena se materializó en una pequeña multa, sin que se produjera el embargo del libro.

Esta sentencia cuenta con la opinión disidente de los jueces Costa, Cabral Barreto y Jungwiert, quienes hacen importantes críticas a la sentencia. En primer lugar, no se tuvo en cuenta que el número de ejemplares fue reducido, por lo que el impacto efectivo era restringido. En segundo lugar, aunque la sociedad turca es religiosa, esto no es razón suficiente para condenar a un editor por publicar un libro con sentimientos diferentes; tercero, si bien la sanción impuesta fue suave, este no es un argumento decisivo, y genera un efecto indeseado, que lleva el riesgo de la autocensura. Los jueces disidentes sin embargo reconocen que la línea jurisprudencial del TEDH, va en el mismo sentido al ratificar la condena que algunos Estados han impuesto en casos de blasfemia católica, por lo que habría Tribunal debería revisar su jurisprudencia.

Del tratamiento diferencial que da el TEDH a los casos de moralidad frente a los casos de sedición, Kearns (2010) sugiere que quizás la diferencia se base en que en el primero estuvo envuelto el arte visual, mientras que en los de sedición, se trataba de creaciones escritas, sugiriendo que en la opinión del TEDH, el arte visual tienen una mayor audiencia que la creación escrita y por esto puede ser más ampliamente perjudicial que el escrito (p.92). El argumento de Kearns, considero que no carece de base, en efecto las últimas dos decisiones se fundamentan principalmente en que la audiencia es menor de la de un medio de comunicación, lo cual resulta incluso un prejuicio en contra de la capacidad del arte para convocar público y por esto mismo amenazar el *status quo*, es decir que se considera como no peligroso el arte ya no con el argumento de la estetización a que nos referimos en el primer capítulo, sino lo que resulta más grave, por su falta de público, y trae la pregunta sobre y ¿si el arte llegara a más personas, merecería por esto una menor protección?, pero más aún, recordemos que la escritura también estuvo envuelta en casos de moralidad, así en el caso del pequeño libro rojo, o el poema en la revista gay, y aún así en estos casos el Tribunal no hizo esta salvedad, más aún tratándose incluso de arte gráfico el mismo argumento se pudo trasladar a la exposición en una pequeña galería, como en el caso *Muller v Switzerland* o al de un cine arte, que cuenta con un número reducido de visitantes. La diferencia podría estar en que estos dos últimos casos, así el TEDH diga que el material no tiene un contenido político sino literario, en el fondo se trata de comunicación política y por eso merecería mayor protección, solo que por medios literarios, o quizás el hecho de que en estos estuviera involucrado Turquía, un país cuyo estatus democrático no parece consolidado a los ojos europeos, pueda también haber motivado estas sentencias.

Siguiendo con nuestro recorrido jurisprudencial, la sentencia *Ergin v Turkia Application no. 47533/99 de 4 de Mayo de 2006*, se refiere a un artículo periodístico escrito en forma literaria en que el autor explica cómo el entusiasmo de la partida de los soldados del ejército Turco, contrasta con el trágico destino que estos tienen y la tristeza que su muerte causa a los familiares. El TEDH consideró que no existía justificación suficiente para interferir en la libertad de expresión; las palabras usadas no exhortan a la violencia o incitan a la resistencia armada y no constituyen lenguaje del odio, por lo que no corresponde a una necesidad social en una sociedad democrática. La sentencia deja la impresión de que se considera que el uso del lenguaje literario hiciera inofensivo el artículo, por fortuna la literatura es mucho más lista de lo que considera el TEDH.

Un caso austriaco sería objeto de pronunciamiento por el TEDH en el 2007, el caso *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, Application no. 68354/01 de Enero 25 de 2007*. La asociación de artistas del mismo nombre había organizado en 1998 la exhibición “*La centuria de la libertad artística*” (The century of artistic freedom), una pintura de Otto Mühl titulada *Apocalipsis* causó revuelo al representar una escena sexual

entre personajes políticos del país y religiosos como la madre Teresa. La obra fue incluso víctima de vandalismo por un visitante. El TEDH hizo notar que se trata de caricaturas y pinturas satíricas, siendo la sátira una forma de expresión artística que se basa en la exageración y que es intencionalmente provocadora, que la obra se refería al político en cuestión en su vida pública, concluyendo que la decisión de la Corte fue desproporcionada y no necesaria en una sociedad democrática en violación del artículo 10 de la Convención. Esta podría ser considerada la primera gran victoria de la libertad artística en el TEDH, si tenemos en cuenta que el caso anterior se refería a un pequeño artículo; se da un giro inexplicable frente a su consabida teoría del margen de apreciación y los casos de sedición en la que se aludía al poco público del arte, en este caso la sátira o caricatura a la que generalmente se le tiende a dar mayor libertad, tanto por su forma artística como por su contenido que se asocia con lo político, es el argumento principal para proteger la libertad artística.

En el 2007, el TEDH se referiría a la publicación de la novela "*El proceso de Jean-Marie Le Pen*" del escritor francés Mr. Otchakovsky en el caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. Francia (2007) ECHR 21279/02*. La novela relata el juicio al general, es decir que se basa en hechos reales aunque sea una obra de ficción, y realiza cuestionamientos al susodicho como director de la *Front National* por su responsabilidad en la muerte de algunas personas. El *Front National* y Le Pen iniciaron un proceso por difamación contra el escritor, los editores y contra el diario *La Liberación* que había iniciado una campaña de respaldo al escritor reproduciendo algunos de los pasajes que la Corte del Estado había encontrado difamatorios. El TEDH respalda la decisión de la Corte del Estado, considerando que si bien las obras de naturaleza literaria contribuyen al intercambio de ideas, la libertad de expresión cuenta con límites incluso para los novelistas y en este caso lo que se reprocha a la novela no es el contenido sino ciertos pasajes, es decir que no se analizó la obra en su totalidad. El TEDH aplica la teoría sobre difamación que sostiene que las expresiones políticas tienen una amplia protección y la diferenciación entre hechos y opiniones, considerando que si bien se trata de una obra de ficción introduce hechos y personajes reales, por lo que se debe mostrar las suficientes bases factuales y considerando que las expresiones del autor van más allá de la tolerancia en el debate político.

En el 2007 también se sentenció el caso *Ulusoy et al v. Turquía Application no. 34797/03 de 3 de Mayo de 2007*. La oficina del gobernador de la región de Estambul, se negó a autorizar la presentación de una obra de teatro en lengua Kurda, bajo el argumento de que la obra podría causar desorden público, los actores del grupo de teatro tenían antecedentes penales por ser parte del PKK (Partido de los trabajadores de Kurdistán). Para el TEDH la interferencia en la obra tenía fundamento en el derecho Turco y ocurrió antes de que se diera la presentación en el edificio municipal. Considera que debido a la particular situación de terrorismo que vive Turquía, las autoridades deben estar vigilantes a los actos que son susceptibles de causar violencia por lo que la medida tenía la intención legítima de prevenir el desorden y el crimen. La Corte Administrativa del Estado mantuvo la prohibición en consideración a que la obra podría alentar sentimientos de odio y separatismo étnico, sin embargo la obra ya había sido presentada con anterioridad sin causar problemas.

El TEDH concluye que las razones dadas por la Corte Administrativa del Estado dan la impresión de condenar el uso de la lengua Kurda en las producciones teatrales, y la ley Turca no especifica con suficiente claridad la discrecionalidad que tienen las

autoridades para imponer restricciones y falla en proveer salvaguardias frente los abusos en la aplicación de estas restricción. Finalmente, no existe evidencia que señale que la obra puede tener un mensaje violento o de rechazo de la democracia, por lo que la interferencia en la libertad de expresión en esta ocasión no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática.

En los comentarios al artículo 19 de la Campaña Global por la libertad de Expresión, dentro del caso *Yuriy Samodurov and Lyudmila Vasilovskay v Rusia Application no. 3007/06* , sobre la libertad artística señaló el TEDH:

Aunque el artículo 10 no hace explícita referencia a la libertad de expresión artística esta es una forma de expresión, y está bien establecido que es una forma de expresión dentro de la Convención. La Corte ha sostenido que un amplio rango de expresiones artísticas que incluyen poesía e imágenes están protegidas. La Comisión Europea señaló en el reporte de *Müller and others v Suiza* que la expresión artística en si misma tiene un rol importante para la sociedad. La libertad de expresión artística es de fundamental importancia en una sociedad democrática. Típicamente es en las sociedades no democráticas donde la libertad artística y de libre circulación de las obras de arte es severamente restringida. Por medio de su obra creativa el artista expresa no únicamente su visión personal del mundo sino su visión de la sociedad en que vive. En este sentido no solo ayuda a la formación de la opinión pública sino que también en la expresión de este puede confrontar al público con las mayores problemáticas actuales.

Se puede decir que la expresión artística es la expresión del interés público en forma de expresión política. Recientemente, el TEDH ha reconocido que la novela es una particularmente importante forma de expresión artística que ofrece la oportunidad de tomar parte en el público intercambio cultural, político y social de información e ideas de toda clase. (y cita el caso antes descrito de *Lindon et al v Fancia*). La Corte rechaza la caracterización como lenguaje del odio de obras literarias por escritores Turcos que intentan describir en términos críticos la apremiante situación de los reclutados en la armada Turca y sus familias.

En *Vereinigung Bildener Künstler v Austria*, la Corte sostuvo que la orden judicial de prohibir a una galería sin límites de tiempo y espacio la exhibición de una pintura era una interferencia desproporcionada a los derechos de libertad de expresión. La pintura que representa una caricatura de varias personas fue considerada por la Corte como una importante forma de sátira y comentario social que intentaba generar debate. En consecuencia “cualquier interferencia a los derechos del artista en su expresión debe ser examinado con particular cuidado”. Se ha argumentado que dado que la obra artística contribuye a promover los valores del pluralismo y tolerancia destacando la libertad de expresión, las obras artísticas deben contener un mayor grado de protección que el otorgado en la actualidad por la Corte. (TEDH)

Este comentario, permite observa de nuevo lo problemático del traslado de los argumentos de la libertad de expresión a la libertad artística en el que también cae el TEDH, de un lado se habla de la importancia del arte en la formación de opinión pública en una democracia dando el nombre a la expresión artística de expresión del interés público en forma de expresión política, en una aplicación bastante idealizada del segundo argumento para la justificación de la libertad artística (ver capítulo segundo de este aparte), lo cual escasamente hace el arte políticamente comprometido; también se señala la importancia del arte para la intercambio de ideas, lo que de nuevo vuelve al problema de arte como comunicación, cuando hay muchas formas artísticas que son simplemente expresivas o emotivas.

El TEDH en el análisis que hemos presentado, muestra una evolución interesante frente a la libertad artística, que se encuentra consolidada como una forma reconocida de libertad de expresión. En una primera etapa nos encontramos con casos que se refieren al límite de la moral pública, que incluyen los cargos de obscenidad y de blasfemia, a estos se le aplica el test de proporcionalidad que establece el artículo 10 de la Convención, en la que estos límites se consideran legítimos y justificados dentro de la democracia y se considera además que los Estados están en mejor posición para apreciar estos. De otro lado, existen otros casos frente al arte sedicioso donde la Corte empieza a diferenciar la libertad artística de otras formas de expresión y le concede mayor protección bajo el argumento de que llega a un público limitado, lo que garantiza que no se convierta en una amenaza. Finalmente, en dos de los últimos casos (*Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* y *Lindon, Otachakovsky-Laurens and July v. Francia*), nos encontramos con posiciones contradictorias, en la primera se comienza a entender que al tratarse de una obra satírica debe ser entendida de manera oblicua, apelando al humor, pero en el último caso con base en apartes particulares, se considera que la novela por estar basada en hechos reales, aun cuando sea una obra de ficción excedió el límite tolerado en un democracia. ¿Por qué una novela como *El Frigor de Şiro*, en el caso *Alinak v. Turquía* de 2005, que también es una novela con base en hechos reales como el libro *El proceso de Jean-Marie Le Pen*, sí fue protegida mientras que esta última no? Quizás, porque en el primer caso se discute la posición de Turquía cuya democracia no parece consolidada a los ojos europeos, mientras que en el segundo caso se trató de Francia, cuya status democrático en el contexto europeo parece poco discutible.

Este aparte también contiene el primer acercamiento en este trabajo a un test en derecho aplicado a la libertad artística. La idea de todo test es “discutir de forma racional los problemas con una pretensión de verdad y rectitud” (Barbosa, 2012, p.337), se trata de la pretensión de cientificidad aplicada al campo del derecho.

El análisis que hace el TEDH en el test de proporcionalidad consiste en un examen tripartito que contempla:

1. Si la medida realizada por el Estado existe en el ordenamiento jurídico.
2. Si tiene un objetivo conforme a la Convención Europea.
3. Si la medida es necesaria dentro de una sociedad democrática.

Según Barbosa (2012)<sup>21</sup>, en *Handyside vs. Reino Unidos*, se determinó que la condición de necesidad en un Estado democrático se declinaba a través de tres elementos: necesidad social imperiosa, la proporcionalidad en sentido concreto de las restricciones o medias y la pertinencia y suficiencia de las medidas. (p.p. 337 a 339). Nos interesa observar cómo se han aplicado estos criterios al arte.

El primer criterio sobre la existencia de una ley que prevea la injerencia, parece una simple comprobación empírica de la existencia de una previsión legal, pero hemos visto que no es tan simple cuando de un lado se trata de delitos como la blasfemia que tienen

---

<sup>21</sup> Un análisis de cada uno de estos elementos del test en la libertad de expresión se encuentra en el libro del profesor Barbosa (2012), quien nunca diferencia libertad artística y libertad de expresión.

origen en el common law o normas sobre moralidad pública, cuyos elementos más que su existencia no parece del todo determinado, de igual manera cuando como en el caso de Turquía nos enfrentamos a leyes muy amplias que parecen darte una discrecionalidad ilimitada al funcionario público. Sin embargo, este es un asunto que se relaciona con la naturaleza misma de la previsión y su consagración en la ley, no ha sido analizado por el TEDH si es posible que un material artístico en efecto sea ontológicamente susceptible de cometer este delito, como por ejemplo se preguntaba Kearns, de si una obra de ficción podía cometer blasfemia.

En segundo lugar sobre la existencia de un objetivo idóneo, hemos visto cómo los fines que persiguen restricciones a la libertad artística, como el respeto a moral pública en delitos de blasfemia y obscenidad, la persecución a la expresión sediciosa y discurso del odio y la difamación, se han considerado por el TEDH, como fines legítimos de los Estados. Más complejo resulta el determinar si el material artístico esta en efecto atentando contra uno de estos fines, en este punto el TEDH no puede evitar hacer cierto análisis sobre el contenido del material, tratándose de libros se centra en el análisis de párrafos en un contexto, pero no resuelve si la obra en su totalidad atenta contra estos bienes, también exige veracidad en obras de ficción que tienen base en hechos reales, y únicamente en el caso de cierta obra satírica, se hizo referencia a la relación oblicua para el entendimiento del arte.

En tercer lugar la necesidad de la medida específicamente en una sociedad democrática, que en el caso Handyside, se concretó en: la necesidad social imperiosa, la proporcionalidad en sentido concreto de las restricciones o medidas y la pertinencia y suficiencia de las medidas. Lo que se evidencia en relación con este criterio aplicado al arte, es que el TEDH entra a analizar las particularidades de los países, en estos casos ha mirado si la mayoría es católica, la particular circunstancia de orden publica que sufre Turquía, e incluso la forma en específico en que se realiza la publicitación de la obra y la difusión que esta tiene, esto lleva a que los artistas tenga más o menos libertad según el país donde se encuentre la controversia, y limita el aporte que puede hacer el arte en contexto de conflicto o de posiciones morales estrechas, de otro lado, se debe observar que el contenido del material artístico no puede estar determinado por la forma en que este es difundido. En este punto el status artístico del material viene adquiriendo relevancia bajo la consideración, de que el arte tiene menos audiencia que los medios de comunicación lo que haría desproporcionada su censura, esta es una visión descreída del arte. Otro aspecto que se analiza frente a este requisito es la proporcionalidad de la pena, así por ejemplo se ha condenado en algunas oportunidades a Turquía por rígidas penas impuestas a los artistas, o se ha confirmado la decisión de este mismo Estado debido a que la condena se materializó en módicas sumas, esto como algunos de los jueces han señalado, no cambia la naturaleza de la censura y puede ocasionar autocensura como efecto indeseado, además permite que los Estados sigan censurando usando penas leves que garantizaran que no sean condenados en sede internacional.

Podemos preguntarnos ahora, cómo el arte pone a prueba esta idea de ponderación inserta en el test aplicado por el TEDH: en primer lugar, el test no establece cómo debe ser analizada la obra, si en su totalidad, si en sus apartes, si con relación a otras obras, si debe ser entendida de manera oblicua apelando al humor, si se le puede exigir veracidad a una obra de ficción; en segundo lugar, al tener como fundamento el privilegio del arte en su falta de público, es un criterio que no resulta valido para el arte que hoy en día usa los medios de comunicación, los lugares públicos, etc, así por

ejemplo bajo esta perspectiva un grafiti no sería protegido. La referencia a levedad de la condena como aplicación del criterio de necesidad en estricto censu, para no condenar a los Estados, también genera un autocensura que en materia artística sería indeseable. Finalmente el que estos criterios tengan sustento en la doctrina del margen de apreciación, es un gran obstáculo para el arte, que es cosmopolita y que no reconoce de estas barreras limítrofes. El test de proporcionalidad entonces no parece representar una garantía para el arte, ya que en primer lugar la mayoría de sus criterios se basan en el análisis por fuera de la naturaleza del objeto, así por ejemplo la existencia de una ley previa o el objetivo; frente a la necesidad de la medida es difícil seguir esquivando este análisis pero al no establecer ningún criterio para el análisis del material, no se materializa en ninguna garantía. Obviamente el test nunca fue pensado para ser aplicado en el arte y se fundamentó en otros criterios que trasladados al arte resultan problemáticos, así por ejemplo el principio sobre margen de apreciación en un mundo artístico cada vez globalizado.

De cualquier forma los casos sobre libertad artística que ha debido resolver el TEDH, tampoco han sido significativos de lo que representa la postmodernidad artística, y de alguna manera esto ha facilitado la labor de este tribunal, pequeñas exposiciones en galerías, presentaciones en cine-arte, material de distribución restringida, formas tradicionales de arte como la poesía o la pintura; esto mismo es la causa de la construcción tan precaria que viene teniendo la libertad artística, ya que en primer lugar estas formas artísticas se adaptan fácilmente a justificaciones tradicionales de la libertad de expresión, su contenido no requiere mayor análisis, y su estatus de arte no resulta controvertido. Sin embargo en un futuro no muy lejano es posible que formas artísticas mucho más complejas y poco tradicionales coloquen a prueba estos fundamentos.

## **3.2 La libertad artística en la Corte Interamericana de Derecho Humanos**

La jurisdicción internacional a la que se encuentra sujeta Colombia en materia de derechos humanos, es la Corte Interamericana (CIDH), que cuenta con menos antecedentes que el Tribunal Europeo, pero no por ello con una menor protección. Sobre este tema Vial (2006) nos da un panorama muy completo sobre la consagración de este derecho por este Tribunal Internacional.

En los documentos intencionales de derechos humanos que obligan a los países sujetos a esta jurisdicción internacional, no se hace específica mención a la libertad artística con independencia de la libertad de expresión. La Declaración Universal de los Derechos Humanos no hace referencia expresa en el artículo 19<sup>22</sup>, sobre libertad de opinión y expresión al arte pero la referencia a cualquier medio lleva a concluir que

---

<sup>22</sup> El texto de este artículo señala: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

incluye los medios artísticos. La Declaración Universal contempla el derecho de participación cultural en el artículo 27.1, que hace mención a las artes y en el segundo inciso protege los derechos morales y materiales sobre las producciones incluida la artística,<sup>23</sup> de los que hace eco el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que en el artículo 15, reconoce el derecho a participar en la vida cultural y de nuevo la protección de los intereses morales, los numerales siguientes consagran la obligación de aplicar las medidas para garantizar este derecho, respetar la libertad para la actividad creadora, y el fomento de las relaciones internaciones en cuestiones culturales<sup>24</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 19.2<sup>25</sup> establece el derecho de libertad de expresión que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir ideas incluso en forma artística y el párrafo 3º señala que este derecho tiene límites y responsabilidades que deberán estar fijados por una ley siempre que sean necesarias para:

- a. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece en su artículo 13<sup>26</sup> la libertad de pensamiento y expresión que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir expresión incluso en forma artística, el párrafo 2º es de fundamental interés, porque establece la prohibición de censura previa y las responsabilidades

---

<sup>23</sup> El artículo 27.1 señala: 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.

<sup>24</sup> 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona:

- 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 Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figuran las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes 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.

<sup>25</sup> Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier medio de su elección.

<sup>26</sup> Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar,

recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier medio de su elección.

El párrafo 2º dispone, a su vez, que: El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. El respeto a los derecho o a la reputación de los demás, o
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

ulteriores que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para proteger los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas; cuya única excepción esta en los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y adolescencia. La prohibición de censura previa es un elemento distintivo del sistema interamericano que marca una diferencia sustancial frente al TEDH.

Existe de otra parte una serie de opiniones consultivas, declaraciones e interpretaciones en dirección a que la libertad de expresión contempla todas las formas y manifestaciones en las que se incluye la artística (ver Vial (2006), pp.251 y 252).

La Corte Interamericana cuenta con dos casos relacionados con esta libertad, el primero es *Martorell v. Chile Caso 11.230, Informe No. 11/96*, sobre el libro *Impunidad diplomática* del autor Francisco Martorell publicado por la Editorial Planeta en Argentina y que se pretendía también comercializar en Chile. El libro da cuenta de las circunstancias que produjeron la partida del ex Embajador argentino en Chile, Oscar Spinosa Melo. Ante el peligro de la venta del libro el señor Luksic Craig, presentó un “recurso de protección” por considerar que el libro violaba su privacidad. La Corte de Apelaciones de Santiago prohibió temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile, hasta que se adoptara una decisión definitiva en el caso considerando que estando en conflicto la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, la honra y la dignidad, prevaleciendo estas últimas. La CIDH considera que no le corresponde examinar el contenido del libro simplemente entra a evidenciar que se produjo una censura ante la prohibición del ingreso del libro, que contraría la prohibición de censura previa. El conflicto entre libertad de expresión y honra debe solucionarse no como una elección sino dentro de una libertad con limitaciones.

La misma interpretación se sostuvo en *Olmedo Bustos y otros v. Chile Caso No. 11.803 o “La última tentación de Cristo”* en el año 2001, en la cual la Corte simplemente entra a comprobar que se ha producido una censura previa ante la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien mantuvo la prohibición de proyectar la película mundialmente famosa, en una respuesta al sentimiento particularmente católico de ese país. No hace la Corte ninguna alusión específica al derecho de creación artística, simplemente verifica una situación de censura previa, condena al Estado y solicita a este que se hagan los tramites respectivos para eliminar legalmente la censura cinematografía previa y de ese modo adapte su legislación a los parámetros internacionales. Una decisión como esta no habría sido posible bajo el modelo europeo que primero, no garantiza la prohibición de censura previa y segundo sostiene la doctrina del campo de apreciación, que un contexto fuertemente religiosos como el chileno tendría total aplicación.

Como resultado de lo anterior Vial (2006) concluye:

“a. La libertad de creación artística claramente se entiende como un subgénero de la libertad de expresión. Es decir, es una forma particular de ejercer esta libertad. De esto se puede concluir que está sujeta al mismo régimen que aquella. Así, por ejemplo, como en el caso de la Convención Americana, a las responsabilidades posteriores fijadas por la ley a fin de proteger la reputación o los derechos de los demás.

b. Consistente con la idea de que la libertad de creación artística es una manifestación o forma de ejercer la libertad de expresión y de que esta se puede ejercer por cualquier medio,

existe, por lo tanto, la mayor libertad para escoger los medios empleados para transmitir o representar el arte.

c. Este derecho lo poseen todas las personas.

d. Como derecho posee un aspecto activo, el de difundir el arte, y otro pasivo, el derecho, o mejor dicho, la libertad, de recibir las expresiones artísticas.

e. Está sujeta, en principio, a las mismas limitaciones que se le imponen a la libertad de expresión, tal como señalan en forma idéntica los párrafos 3o, del artículo 19 del PIDCP y 2º del artículo 13 del Pacto de San José.

f. La libertad artística no puede ser objeto de censura, al tenor del Pacto de San José, con la única excepción de las expresiones artísticas que puedan catalogarse como espectáculos públicos.

g. Este derecho posee también un aspecto social, pues de acuerdo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la expresión artística, como componente esencial de la cultura, es también objeto de un derecho de todas las personas a gozar de ella”.

Las conclusiones de Vidal resultan acertadas. En el Sistema Interamericano la libertad artística es principalmente una aplicación más de la libertad de expresión sin ningún privilegio, sujeta a las mismas limitaciones y bajo la misma justificación de existencia de la libertad de expresión, que se basa principalmente en considerarla fundamental en una sociedad democrática para la formación de opinión pública, con las dimensiones tradicionales de la expresión, la individual y la social, a la que se intenta trasladar el esquema de la libertad de expresión en el sentido de un sujeto activo y otro pasivo, lo cual resulta problemático para el arte, tanto para el arte que intenta ser didáctico rompiendo con el esquema sujeto activo y sujeto pasivo, como para la misma teoría estética que se pregunta dónde se produce la obra de arte, es decir, por si existen algo como una obra de arte por fuera del espectador mismo. Hasta el momento la Corte Interamericana en su jurisprudencia no ha articulado la libertad artística con el acceso a la cultura, aunque en su consagración este derecho incluya al arte, y esto considero le daría más independencia a la libertad artística frente a la libertad de expresión en general. Tampoco ha tenido la CIDH necesidad de entrar a precisar el contenido de este derecho ya que su acción se ha limitado a comprobar que se estaba ante una censura previa que la convención proscribía.

Para colocar algo de debate, se podría preguntar por la aplicación que un futuro pueda tener el numeral 5º del artículo 13 de la Convención Americana, que establece : *5. Está prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.* En el contexto Norteamericano en la época del debate sobre el subsidio al arte transgresor, esto traería de nuevo la discusión sobre las limitaciones a la financiación del arte transgresor, estos debates no se han dado en Latinoamérica en parte porque no ha habido un impacto de la vanguardia en la región que lo problematice, pero nada excluye que se den en un futuro, el debate estaría en si los Estados pueden bajo la Convención Americana subsidiar el arte transgresor que puede contener elementos raciales, de violencia etc. De otro lado, es muy probable que en un futuro no muy lejano, la CIDH tenga que pronunciarse sobre la excepción a la prohibición de censura previa en relación a los espectáculos públicos para la protección de menores, en orden a que no se abuse de la misma, y se concrete

cuál es el daño que se pretende evitar frente a los mismos<sup>27</sup>, o si puede exigírsele a una obra artística veracidad cuando se basa en hechos reales<sup>28</sup>.

Se debe aclarar que la doctrina del margen de apreciación, no es exclusiva de la Corte Europea, también es aplicada por la CIDH, pero para nuestro estudio no resulta relevante toda vez que no ha sido aplicada a los casos de libertad artística, que como hemos visto se han limitado a la verificación de la censura previa.

El enfoque de perspectiva comparada que plantea esta tesis nos ha brindado la oportunidad con ocasión de estudiar Inglaterra y Colombia, de tener una visión panorámica sobre cómo la Corte Europea y la Corte Interamericana vienen considerando la libertad artística. En cada una de estas jurisdicciones internacionales se ha dado un desarrollo particular y concepciones algo distintas sobre la libertad de expresión, que repercuten en la libertad artística permitiendo llegar a las siguientes conclusiones:

a. En ambas jurisdicciones la libertad artística es una modalidad de la libertad de expresión, que en principio no fue contemplada de manera específica por los tratados internacionales, pero que sin resistencia ha sido aceptada como una modalidad dentro de una concepción de la libertad de expresión que no diferencia el medio utilizado, incluyendo lo simbólico.

b. El fundamento de la creación artística es para ambas jurisdicciones el mismo que la libertad de expresión, esto es, de ayudar al intercambio de ideas y ayudar a la democracia, sin embargo en la concepción del TEDH se viene construyendo una diferenciación conceptual entre forma y materia, cuando señala en casos de blasfemia y frente al libro *El proceso de Jean-Marie Le Pen*, que no se trata de una prohibición en el tratamiento del tema sino en la forma en que esta se hace, o se refiere a apartes particulares sin considerar la totalidad de la obra, lo que puede ser problemático para el arte, donde está diferencia o no se hace, o es precisamente la forma antes del contenido, lo que importa.

c. El TEDH ha dado un giro sustancial frente a su doctrina del ámbito de apreciación de los países y ha comenzado a proteger la libertad artística, vislumbrándose incluso que intenta darle una jerarquía particular dentro de las diferentes formas de expresión, mientras que para la CIDH no hay ninguna distinción entre esta y las otras formas de expresión. El fundamento para esta distinción podría sin embargo ser censurable, de un lado se ha recurrido al limitado público de la obra artística, lo que se convierte en un tratamiento banal del arte y en segundo lugar, se empieza a vislumbrar una particular forma de interpretación en la obra satírica que le daría cierta inmunidad, cuando está bien que la obra sea entendida según sus características pero no por esta

---

<sup>27</sup> En Colombia este ha sido un tema de reciente discusión, debido a la solicitud de Clara Rojas de que se prohibiera la presentación de la película *Operación E* del director español Miguel Courtois, argumentando la protección a los derechos de su hijo Emanuel. (“Operación E” se podrá proyectar en Colombia, Revista semana de 31 de Enero de 2013, <http://www.semana.com/nacion/articulo/operacion-e-podra-proyectar-colombia/331247-3>, Revisada 12/02/2013”

<sup>28</sup> El debate también puede trasladarse a obras que no pretenden ser artísticas, como en el caso de la novela *Los Tres Caines*, del libretista Gustavo Bolívar, y que está siendo objeto de fuertes críticas por mostrar una visión demasiado humana de los victimarios, en un contexto donde las víctimas aún no han sido reparadas.

razón se hace menos peligrosa, todo lo contrario es ese sentido oblicuo del humor el que le da su potencial transgresor a la sátira.

d. La prohibición de censura previa se ha convertido sin duda en una protección efectiva para garantizar la libertad artística como se evidencia en estos casos, y amplía el ámbito de protección por encima del otorgado por el TEDH que no contempla dicha previsión, pero también a limitado el debate sobre la libertad artística a una comprobación empírica, lo que no ha permitido mayores avances conceptuales frente a este derecho.

e. En el contexto europeo resalta el Reino Unido como el Estado más demandado por controversias sobre libertad artística ante el TEDH, lo cual no implica que sea el más restrictivo, como dan cuenta las noticias sobre Rusia o Alemania, esperemos que estos países también tengan su oportunidad ante el TEDH, y sobre todo que no solamente el Estado Turco sea el condenado. En Latinoamérica, Chile es el país acusado en los dos casos con que cuenta la Corte, lo cual no permite ver que en otros países de la región la libertad artística se ve limitada por gobiernos que atacan la expresión en general como Venezuela y Bolivia. Se observa también cómo estos antecedentes han hecho eco en la legislación Chilena que ahora cuenta con una consagración constitucional específica del derecho de libertad artística, aunque esto no sea una garantía absoluta.

f. El test de proporcionalidad del TEDH aplicado al arte, ha legitimado visiones restringidas del arte en los Estados sin que ofrezca una garantía para la libertad artística y ha llevado a que la jurisprudencia de este tribunal internacional en materia artística no sea consistente, se base en una visión descreídas del arte, y haga depender la protección no de la naturaleza del objeto, sino de circunstancias externas como la forma en que es distribuida y la sanción impuesta al artista o los editores.

## Conclusión de la Primera Parte

Hablar de la libertad de creación artista desde una aproximación crítica, como la que plantean los estudios de derecho y arte, implica considerar en primer lugar, que el derecho guarda una relación ambigua con el arte, el derecho de un lado conoce y hace uso de la fuerza de las imágenes, logrando sumisión, y del otro parece temerles, por lo que las regula; dentro de esa regulación entra la obscenidad, como uno de los límites más comunes de la libertad artística.

Esta desconfianza en las imágenes, podría tener origen, como señalaban Douzinas y Nead, en las bases religiosas del derecho, que considera la imagen algo mundano, sensual, potencialmente corruptor, contingente y efímero, pero la libertad artística no solo depende de esta hostilidad del arte hacia la imagen, también se debe considerar que nuestros Estados han adoptado una concepción benéfica del arte que lo hace merecedor de subsidio y protección, y que implícitamente también lo considera como una actividad que debería ser libre. Los caminos que recorrieron los países en estudio para llegar a esta visión del arte, aunque diversos incluyen un concepto de vida enriquecido, propio del constitucionalismo moderno y el proceso de apertura de museos, pero estos difícilmente pueden conciliarse con el fenómeno del arte transgresor, es así que en el caso inglés, como todo occidente, los objetos obscenos fueron reservados al Museo Secreto, lo que limitó su acceso al público del común; en Colombia el museo nace como una empresa Estatal para el progreso, función que lo transgresor no llega a cumplir, y en Estados Unidos que tiene una tradición puritana, se consigue adaptar a la vanguardia transgresora a través del formalismo. Estas visiones del arte no son conciliables con el movimiento transgresor que se dio en la postmodernidad y que ha tenido distintas recepciones en los países estudiados, en Estados Unidos con gran influencia, en Inglaterra de forma tardía y en Colombia de forma individual frente a unos artistas en particular. La libertad del arte en nuestros Estados, en el mejor de los casos se ha basado en el esteticismo, que termina tratando el arte como incapaz de tener repercusiones en el mundo. Todo esto se expresa, en que a nivel judicial se hagan compromisos entre lo artístico y lo jurídico, aunque sin un sustento filosófico-político, como es el caso de la libertad artística.

La libertad artística en estos países es considerada una modalidad de la libertad de expresión, por lo que el lugar que esta tenga en el sistema legal de los países en estudio, tendrá repercusiones en la libertad artística. En el caso de Estados Unidos, la Primera Enmienda cumple un papel político muy importante, pero al mismo tiempo es entendida como libertad clásica de no intervención, esto lleva a que se privilegie el contenido político de la expresión lo que no puede aplicarse a toda forma de arte y segundo, no se vea como una obligación del Estado patrocinar el arte transgresor. En el caso Inglés, la libertad de expresión ha sido hasta no hace mucho una libertad residual, lo cual se modificó con la incorporación del Acta de Derechos Humanos de 1998,

acercando la visión de esta libertad a una concepción más norteamericana. Finalmente, en Colombia la división tradicional entre libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, ha llevado a que la doctrina contemple la libertad artística como parte de la libertad de información, aún cuando no se le pueden aplicar los límites de esta libertad, como son la veracidad y la rectificación.

La problematización de la consideración de esta libertad como parte de la libertad de expresión, ha mostrado que existen dificultades para adaptar las tres justificaciones fundamentales de la libertad de expresión al mundo del arte. De un lado el argumento milliano del intercambio de ideas, aunque se intente moderar para considerar el conocimiento en un sentido menos intelectual, como sugiere Vial (2006), lleva a la diferenciación entre comunicación y acción expresiva que se encuentra en materia de libertad de expresión, desde esta perspectiva solo las formas artísticas con mensaje tendrían protección, cuando en el mundo artístico, la danza, por ejemplo, no plantea esta división contenido-forma. El segundo argumento, que considera la expresión en su función política para la democracia, ha llevado sin duda a que se privilegie la expresión política por encima de la artística o a que se proteja el arte político sobre otras formas de arte. El tercer argumento se refiere a la relación expresión y autonomía, y es el que mejor se aplica al arte pero oscurece el hecho de que el arte cuenta con un estatus particular en nuestros Estados. Finalmente una consideración de la libertad artística desde la libertad de expresión, simplifica el hecho de que no solo se trate de una libertad, sino que está envuelta la cultura, la concepción de nación que se tenga y la visión estética de los jueces, que se tienden a basar en lo que se considera alta cultura. Parece entonces que no existe una justificación satisfactoria para libertad artística en nuestros Estados actuales a través de la libertad de expresión, y es posible que no sea posible encontrarla debido a que las justificaciones de nuestros derechos se basan en concepciones utilitaristas, es decir en cómo estos aportan a la democracia u otros aspectos que se consideran valiosos por nuestros Estados, y el arte transgresor ha rechazado esa diferenciación entre lo que es o no valioso, entre lo que es alta o baja cultura, etc.

Las Cortes Internacionales de Justicia, también han reconocido la libertad artística como una forma protegida de la libertad de expresión. La trayectoria de las Cortes ha sido particular, de un lado el TEDH cuenta con una tradición en sus inicios apática a la libertad artística, en el sentido de otorgarles a los Estados un gran margen de apreciación frente a los límites de la libertad de expresión, lo que se observa en una serie de casos sobre moralidad pública donde se confirmaban las decisiones que limitaban la creación artística con base en el test de proporcionalidad, de otro lado se vienen dando nuevos precedentes en materia de arte sedicioso, donde el TEDH ha prestado protección, pero bajo el argumento de que el arte tiene una menor audiencia que la de los medios de comunicación, por lo que su impacto no se corresponde con la decisión de censurar o llevar a prisión al artista, lo cual es cierto, pero es una visión descreída del potencial del arte para actuar en el mundo, finalmente el TEDH viene haciendo una diferenciación entre forma y contenido, donde no habría límite en la temática artística pero sí podría censurarse la forma en que esta es representada, lo cual es un argumento que de un

lado se muestra como respaldo a la libertad de expresión, pero pretende manipular la forma estética, cuando esta diferenciación, o no se hace por algunas formas artísticas o simplemente es la forma artística la que da sentido al contenido. En el caso de la Corte Interamericana, al contar con la prohibición de censura previa, los dos únicos casos que involucran la libertad estética se han limitado a verificar que se trata de una contravención a esta prohibición, sin que se hagan mayores avances doctrinales frente a esta, sin embargo es muy probable que en un futuro no muy lejano, la CIDH tenga que concretar temas que incluyen el arte, como por ejemplo hasta dónde va la protección del menor como excepción a censura previa en los espectáculos públicos.

El primer acercamiento de la libertad artística a un test en este trabajo, ha mostrado como el test de proporcionalidad aplicado por el TEDH: puede llevar a resultados contradictorios como los muestra la falta de coherencia en la línea jurisprudencial de este Tribunal en materia de libertad artística; en segundo lugar, hace depender el resultado de referencias externas sin relación al objeto y contenido del mismo; y finalmente tiene unos fundamentos como el margen de apreciación que resultan problemáticos aplicados al arte.

## **SEGUNDA PARTE**

### **Libertad Artística del Arte Obsceno**



# JUSTIFICACIÓN DE LA ESCOGENCIA DEL CARGO DE OBSCENIDAD

*“El sexo es tema importante en el arte y está en base de las controversias artísticas” (Dubin, 1992, p.126)*

Cuando se plantea como tesis el tema de la libertad artística, únicamente desde el cargo de obscenidad, se quiere ser coherente con la visión personal de que los derechos se construyen a partir del choque entre intereses sin que existan de manera abstracta, es decir que no existe algo como la libertad artística en abstracto, lo que existe es la tensión entre unos intereses y valores que se resuelven en el lenguaje de los derechos. Es entonces, distinta la aproximación al tema de la libertad artística en el arte difamatorio donde está envuelta la privacidad, o el tema de la libertad artística en el arte que involucra animales donde entran en juego valores ambientalistas; en este caso el valor principal es la moralidad pública. Esto no implica que las decisiones puedan repercutir en otros ámbitos, así la decisión del Senado norteamericano de no financiar obras de arte obsceno, puede considerarse como una política de manejo del gasto público legítima o como restricción a la libertad artística, o muchas veces las obras usan lo obsceno junto a temas religioso para lograr lo blasfemo, es decir que un mismo evento puede mostrar varias tensiones. En nuestro caso nos interesa mostrar únicamente la tensión entre libertad artística y moralidad pública en el campo de lo obsceno por lo que se dejará de lado los otros aspectos.

La obscenidad es un tema que ha interesado a muchos estudiosos desde las más diversas áreas, entre ellos destacan los libros de historiadores que ponen en evidencia la manera en que ha variado su contenido. En este trabajo el recorrido de la obscenidad que interesa es tan solo una pequeña parte de esa historia, aquella en la que el derecho ha juzgado que el arte es o no obsceno, como parte de una investigación que considera la obscenidad como límite tradicional de la libertad artística a través del cual es posible entender la autonomía y contenido de la misma, es decir que si bien existen argumentos que justifican la no prohibición de la obscenidad o la pornografía, estos por si solos no justifican la libertad artística que reclama un trato especial. El cargo de obscenidad es también un buen ejemplo de la imposibilidad del derecho para concretar lo artístico en lo jurídico, debido a la ambigüedad del término y la manera en que nuestras sociedades han variado su posición respecto al sexo.

Un estudio jurídico de la obscenidad en el arte, como señala el historiador Kendrick (1995), corre el riesgo de ser inferior a cualquier otra aproximación, ya que:

La historia jurídica enseña que Ulises no es pornográfico y que tampoco lo son El pozo de los deseos, Fanny Hill ni El museo secreto de la antropología, pero tal historia jurídica fracasa al momento de proponer alguna orientación sobre lo que cosa tan elusiva puede ser. (p.17)

En efecto, esta aproximación carece de valor para las otras áreas del conocimiento; no da una explicación social de lo ocurrido y por supuesto tampoco da luces sobre lo que es la obscenidad, sin embargo a nivel jurídico podría ayudar a entender mejor la libertad artística a la vez que evidenciar las tensiones que se dan entre el derecho y lo artístico.

Se debe aclarar que esta no es una tesis sobre la historia de la censura en el arte, aunque algunos de estos casos sean en efecto una forma de censura, la más torpe y menos efectiva de todas, toda vez que el efecto que produce un proceso es en la mayoría de los casos, la publicitación de la obra y la apatía contra el censor. El tema de la censura es mucho más amplio e interesante bajo otras aproximaciones. Se trata entonces de entender una de las relaciones más comunes entre arte y derecho como lo es la libertad artística a través de un cargo común y ambiguo como es la obscenidad, para ver el desarrollo que ha tenido la libertad artística en su especificidad en las decisiones de las altas Cortes de Inglaterra, Estados Unidos y Colombia.

# 1. JUSTIFICACIÓN DE LIBERTAD ARTÍSTICA EN EL ARTE OBSCENO

Esta tesis trata del arte obsceno en particular, por lo que se hace necesario indagar sobre la justificación para esta libertad artística en este cargo específico. El arte obsceno guarda una relación de amor/odio con lo obsceno en general, de un lado los argumentos a favor o en contra de la limitación de lo obsceno podrían aplicarse también al arte obsceno, y de otro, la existencia de un arte que sin importar lo obsceno merece ser protegido, se convierte en un argumento en contra de la prohibición de lo obsceno bajo el riesgo de censurar el arte.

Los argumentos a favor de la libertad de expresión no se ajustan del todo a la obscenidad en general y los Estados cuentan con algunas razones para prohibir esta. La primera dificultad que ya habíamos señalado es la diferenciación entre expresión y conducta; la forma en que legalmente se entiende expresión, constitucionalmente difiere del concepto común de la palabra, desde algunas perspectivas no se considera que la obscenidad sea expresión sino pura conducta por lo que no comunica ideas, de otro lado el argumento de la democracia “aplica más obviamente al lenguaje político o social que al material explícitamente sexual sin información o ideas” (Barendt, 2009, p.356), mucha de la pornografía es esencialmente no cognitiva y la intención de sus publicistas y sus efectos es causar excitación sexual, finalmente el tipo de ideas que pueda comunicar no son relevantes para el discurso político, luego no llevan a alcanzar una verdad en el sentido del primer argumento de Mill que ya señalamos, ni acercan al ciudadano a lo público según el segundo argumento también señalado (Ver capítulo 2 de la primera parte). El argumento más fuerte sería entonces el de la autonomía que incluiría la forma de expresarse, sin embargo como señala Barendt (2009):

Una cosa es objetar una prohibición en el terreno de que infringe la libertad de expresión, pero otra es sostener que esta invada el derecho de los individuos a tomar sus propias decisiones morales, diciendo que adoptar la pornografía es un aspecto particular de la vida sexual. La opinión formada de que la pornografía es lenguaje y su distribución no debe ser limitada, porque la expresión es especial. La privacidad se basa en otros argumentos, como la importancia de una actividad, por ejemplo, creencias sexuales, o identidad individual. Pueden existir circunstancias donde los argumentos a favor de la libertad de expresión sean difíciles de sostener: donde conducta, más que comunicación, es lo que se discute o donde el objeto de la regulación gubernamental es evitar las consecuencias de la acción, más que cambiar las actitudes. Por supuesto no siempre es fácil diferenciar la libertad de expresión de los argumentos de la privacidad (p.354).

La mayoría de Estados tienen limitaciones para el material pornográfico, por lo que el arte obsceno no parece beneficiarse de una defensa de la obscenidad en general, claro que como señala el constitucionalista colombiano Ricardo Sanín Restrepo:

El hecho que la pornografía esté amparada por el derecho, me garantiza que puedo leer desde Chejov, Malraux, Wilde, De Laclous, Sade, hasta la Biblia y los *comics* del periódico, ver las películas de Fellini y las de Kubrick, si por el contrario la pornografía estuviese prohibida,

la línea limítrofe entre una y otra cosa se hace débil, casi inexistente, y en cualquier momento puede ser calificada como pornográfico cualquier material que yo posea, y por ello, ser prohibido instantáneamente.

La situación que nos interesa es la contraria, es decir, cómo a riesgo de limitar lo obsceno se podría también restringir el arte. Frente a este argumento se podría señalar que en los Estados Unidos y jurisdicciones internacionales (como vimos en capítulo 3 de la primera parte), la libertad de expresión no se restringe al discurso político o intelectual e incluye literatura y artes visuales. Como señala Barendt (2009):

Una constitución puede expresamente reconocer el derecho a la expresión artística que podría cubrir pinturas pornográficas, estatuas o films, como novelas y drama. El argumento de la verdad sugiere que la expresión solo cubre enunciados que pueden ser ciertos o falsos, el alcance constitucional es mucho más amplio. Si epítetos políticos emotivos (como Fuck the Draft) son tratados como protegidos por la Primera Enmienda, ¿Por qué este no puede cubrir también pornografía hard-core que si bien no revela verdades, se puede presentar elegante y artísticamente? El supuesto que subyace en este argumento es cuestionable: ninguna línea puede dibujarse entre literatura y otros discursos imaginativos de un lado, y la verdadera pornografía de otro. Un crítico literario puede no estar de acuerdo con lo que ve. Los escritores conciben el arte algunas veces como la antítesis de la pornografía. Este implica objetividad, un riguroso ejercicio de la facultad crítica, y la constante referencia a la realidad observable. Desde esta perspectiva, la literatura sería debe apelar a la razón o el intelecto; no importa cual erótico sea el contenido, este debe ser visto como expresión, más que susceptible de proscripción como pornografía. Las Cortes han intentado hacer esta distinción. (p.357)

La otra dificultad que señala Barendt (2009) es que el arte pueda ser prohibido bajo la intención de prohibir el hard-core que no tiene mérito, como lo muestra la persecución a *El Ulises* o *El amante de Lady Chatterley*, a los que hacemos referencia en esta tesis. Este riesgo influyó las conclusiones del Committee Willian en 1979 en Inglaterra, en el sentido de que había una fuerte presunción a favor de la libertad de expresión y un peligro serio de la literatura cayera dentro de la vaguedad de las leyes antiobscenidad. (p.357). Como señala Barendt (2009):

Existe peligro de que literatura innovadora quede suprimida bajo leyes antiobscenidad, o que no sean publicadas para prevenir los posibles efectos indeseables. La posibilidad de establecer formulas lo suficiente precisas para que únicamente el hard-core sea atrapado bajo las leyes antiobscenidad, parece poco probable. Podría pensarse también en minimizar el riesgo. Quizás la legislación pueda ser fijadas con suficiente precisión para retener la pornografía hard-core sin impedir el libre derecho de los autores y publicistas. Más aún, las Cortes, en especial Cortes con poder de revisión sobre la constitucionalidad de la legislación, deberían asegurarse que estos derechos sean respetados. La presunción a favor de la libertad de expresión significa que las leyes sobre pornografía deben ser interpretadas de manera restrictiva, en relación a trabajos literarios, artísticos, y filmes de cualquier calidad aun cuando en ese curso, algún material hard-core pueda escapar a la persecución. (p.358)

La pregunta que se hace Barendt (2009) es: ¿Cómo debe la ley tratar la pornografía con valor artístico, literario u que reclame otro valor? Las formas de verlo para este autor son: de un lado, se puede pensar que no se trata de un problema, la pornografía carece necesariamente de valor artístico, esta se limita a describir actividad sexual, sin ningún contexto, y si cuenta con alguna calidad puede ser rechazada por espuria. La otra posición es la de los artistas, que señalan que su trabajo comunica o apela a los sentidos. Las artes no carecen de protección por su contenido sexual. Se podría incluso decir que puede tener los dos elementos, puede ser hard-core y aun así

reclamar el estatus de arte. Una novela, o un film tienen más posibilidades de mostrar diferentes dimensiones, que pinturas o fotos, pero aun así pueden ser vistas como arte (p.382). Esta es, considero una preocupación de esta tesis, evidenciar la imposibilidad de juzgar lo obsceno sin prohibir el arte obsceno, aunque no sepamos hoy en día el por qué el arte debe tener un tratamiento especial.

Lo que permite concluir que así como las justificaciones tradicionales de la libertad de expresión, no contemplan la expresión obscena, y dentro de estas tampoco es posible hacer un traslado hacia una justificación de la libertad artística que contemple el arte transgresor (como vimos en segundo capítulo de la primera parte), de igual modo existe el peligro que bajo leyes antiobscenidad el arte sea restringido; tampoco es posible quitarle el estatus de arte a una obra por su contenido sexual, lo que muestra que al menos bajo nuestra concepción tradicional de la libertad de expresión, no es posible encontrar una justificación satisfactoria de la libertad artística y mucho menos de esta en el arte obsceno, más aún cuando en países como Norteamérica, la expresión obscena ni siquiera es protegida.

De otro lado, también hay que señalar que existen culturas donde lo obsceno parece más problemático que otras; según Kearns (2000):

No todo el occidente cristiano es horrorizado por el estímulo erótico por fuera del contexto artístico. En Italia una estrella de la pornografía hard-core como Ilona Staller fue electa al parlamento, en Francia el presidente Mitterrand tuvo varias amantes sin soportar la presión de Clinton por su aventura extramarital. Esto lleva a concluir que "es una peculiar actitud Anglo-Americana el condenar las personas por sus relaciones sexuales al punto que pueden perder su cargo como su estima." (p.p.146 y 147)

Para Kearns (2000):

"La distinción entre el derecho Inglés y Americano en el tratamiento de la obscenidad descansa en una diferencia constitucional. En América la libertad de expresión es protegida, pero la obscenidad no es entendida como expresión. En Inglaterra, la libertad de expresión es únicamente implícita y no invocada como derecho en las Cortes. Esta distinción se hizo similar a la Americana (y esto bajo la convención Europea de Derechos Humanos, que es su modelo) con la entrada en vigencia del Acta de Derechos Humanos de 1998. Así es que un nivel constitucional de protección de la expresión artística es codificado en Inglaterra. Si el arte es exento de cargos por obscenidad cuando este se presenta, es materia de pesimismo basado en la Analogía Americana. La libertad artística también carece de protección bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, cuando esta viola los estándares locales. En todas estas instancias, no existe una presunción de que el arte, sin importar su contenido sea libre. Esta postura absolutista es impopular porque es extrema y por no apelar a un universal.

Algunos trabajos artísticos en Inglaterra no siempre alcanzan el estatus de arte, y pueden ser confundidos como artificios, más aun cuando el arte refleja violencia, este es más obsceno que en eventos sexuales. En Francia la elevación de la violencia al lugar de la restricción de obscenidad es completa, mientras en Inglaterra y Norteamérica es el factor lascivo el que aun determina e hipostasias las leyes básicas sobre obscenidad.

Pero cuando el arte está involucrado, es usual redimirlo de la obscenidad en Inglaterra por su mérito artístico, y el test Roth de obscenidad es relajado en la práctica cuando el arte es el consentido legal. Pero cuando se trata de arte *avant-garde* que puede ultrajar las

convenciones sexuales de los Ingleses y Americanos, los mecanismos pueden terminar censurando y condenando el arte.” (Kearns 2000, 147).

Debemos estar atentos en el siguiente recorrido que se hará por la obscenidad, para comprobar si es cierta esta consideración de Kearns, de que primero, el entendimiento de lo obsceno desde lo sexual ha hipostasiado las leyes antiobscenidad y si la protección del arte a través de su mérito ha puesto en peligro en arte de vanguardia, e identificar otras semejanzas y diferencias.

Este aparte se ha dirigido a mostrar cómo en primer lugar, dentro de las justificaciones tradicionales de la libertad de expresión no se encuentra una protección a lo obsceno, y por esto mismo el arte obsceno no parece beneficiarse de su relación con esta categoría, distinto sucede con el temor fundado, de que se esté censurando el arte so pretexto de condenar la obscenidad, que es la dificultad que debe sortear cualquier ley antiobscenidad actual, y es el esfuerzo que se evidencia en el siguiente recorrido.

## 2. LOS INICIOS DE LOS JUICIOS POR OBSEENIDAD EN EL ARTE

El fenómeno de que el arte fuera llevado a juicio por obscenidad es relativamente reciente, no así el tema de la obscenidad, que como señala Kendrick (1995) ha estado presente desde siempre.

El siglo XIX inventó la “pornografía”, pero no inventó la obscenidad. Todas las culturas conocidas por nosotros, incluso las más antiguas, diferencian entre distintos tipos de actos u objetos según entiendan la oposición entre lo limpio y lo sucio, lo propio y lo impropio, lo público y lo privado. Por lo menos hasta ahora, nunca ha existido una sociedad en la que un espectador tenga acceso a cualquier tipo de representación y en cualquier momento. (p.57)

Aunque lo obsceno, podamos entenderlo de manera preliminar y amplia como eso prohibido de representar, una de las principales conclusiones del texto de Kendrick (1995), es que lo obsceno es difícil de precisar, y lo que las sociedades tienden a asociar a este concepto varía según la cultura y el momento histórico, teniendo en cuenta esta prevención que nos hace este autor, evitaremos conceptualizar lo obsceno, como de manera un poco ingenua lo hacen algunos textos jurídicos sobre el tema, que recurren principalmente a diccionarios.

La relativamente reciente preocupación del derecho por lo obsceno, solo puede explicarse según Kendrick (1995) bajo la aparición de los medios masivos de comunicación, la ilustración, el acceso a la cultura y la reproducción técnica del arte, que permitieron a sectores que antes no tenían acceso a este material ya sea por su género, edad o situación económica, acceder a estos. Se trata entonces de una preocupación política por el acceso a la información por parte de un sector, que ha sido diversamente recreado según el momento histórico (la persona joven, la persona susceptible, el hombre de apetitos sexuales normales), y un movimiento que no solo cataloga las obras de su época sino que incluso cubre con el velo de moralidad las obras del pasado, así por ejemplo, pueden resultar obscenas, obras que en su época no lo eran y son catalogados bajo una categoría como lo pornográfico que su tiempo no conoció, como en el caso de algunas piezas encontradas en la antigua Pompeya.

Si bien el estudio de Kendrick (1995) se basa en la pornografía y no en la obscenidad, estos términos llegan en algún momento histórico a coincidir. En el ámbito jurídico se habló desde el inicio de obscenidad y en Inglaterra, Norteamérica y Colombia se expidieron leyes antiobscenidad que en ningún momento nombraban la palabra

pornografía, pero luego el término pornografía ingreso a través del discurso judicial para equiparse. La palabra pornografía es un término tomado del griego *pornographos*, aunque los griegos mismos no tuvieron una categoría como la pornografía entendida en los términos en que es entendida actualmente, los *pornographos* eran escritores que registraban la vida de las mujeres que prestaban sus servicios sexuales y contaban con un estatus muy diferentes a nuestras trabajadoras sexuales en occidente.

## 2.1 Los inicios en Inglaterra

El siglo XVI trajo la censura pero no contra la obscenidad, la Iglesia Cristiana venía condenando libros desde dos siglos atrás, después de que la aparición de la imprenta hiciera posible el Luteranismo (ya que el impacto de una figura como Lutero no habría sido posible sin este invento), la iglesia en 1559 con el papa Pablo IV elaboró el *Index Librorum Prohibitorum*, la célebre lista de libros prohibidos, ninguno de los cuales fue objetado por el cargo único de obscenidad (Loth, 1969, p.96 y 97).

En Inglaterra hacia 1556 la reina María y su sucesora la reina Isabel I, implementaron una censura que no se interesó en la obscenidad, dirigida a mantener la estabilidad del gobierno y proteger la religión. El método de censura consistió en una patente que otorgaba a la *Stationers' Company*, una compañía privada de papelería, el monopolio de la imprenta a cambio de lo cual debía ejercer poderes de registro y decomiso para perseguir los libros que la monarquía consideraba "incómodos". (Loth, 1969, p.97)

Antes y después de la imprenta se persiguió principalmente al escritor, por ejemplo era delito capital escribir contra el rey de Inglaterra, pero esto no sacaba de circulación la publicación, por lo que se inventó la doctrina legal de la "disuasión previa", según la cual resultaba más eficaz vetar el material que perseguir al autor. Estas medidas se mostraron ineficaces cuando surgieron imprentas clandestinas, y se cuestionó el monopolio y poderes de la *Stationers' Company*, por lo que se modificó la disposición permitiendo la creación de nuevas imprentas siempre que cada publicación contara con la licencia del censor real. Esto ocasionó que los libros licenciosos desde lo sexual circularan libremente mientras que literatura "más seria", que se consideraba peligrosa para la fe o para el gobierno fuera perseguida. (Loth, 1969, p.98)

En 1662 en Inglaterra se expidió una ley que estipulaba que "para obtener el certificado necesario para imprimir legalmente, un autor debía demostrar a satisfacción del censor que su obra no contenía nada contrario a la vida buena o a las buenas costumbres" (Loth, 1969, p.134), sin embargo ningún libro obsceno fue objeto de censura bajo esta ley, suerte distinta corrieron los libros que atacaban la autoridad.

Luego de un periodo de puritanismo, al que siguió la restauración en Inglaterra, se produce una gran cantidad de literatura obscena, había una literatura que según Loth (1969), por no tener ninguna virtud artística y contener tan solo episodios sexuales circulaba clandestinamente principalmente por *Holywell Street* (p.149), una calle famosa en esta época por reunir los mayores vendedores de este tipo de material.

Lo que Kendrick (1995) llama la “expurgación” de los libros comienza en Inglaterra alrededor de 1724, sin embargo los libros objeto de esta práctica, no fueron textos pornográficos sino textos cuyos pasajes “objektables” podían ser suprimidos; más tarde en Inglaterra esta práctica tomaría el nombre de “bowdlerización” en honor a la familia Bowdler. Una familia de clase media en ascenso, representantes de unos valores tradicionales fuertemente arraigados y sin ambiciones políticas, cuyos miembros ejercieron la expurgación de Shakespeare para que fuera posible su lectura familiar en voz alta sin generar incomodidad. La “bowdlerización”, no se limitaba a temas sexuales, también eliminó lo que se consideraba vulgar, blasfemo e incluso cualquier inconformismo con el tema. Esta práctica solo fue posible bajo la sensibilidad victoriana a las representaciones y la sobrevaloración del sexo, no obstante las vulgaridades estuvieron destinadas a los personajes bajos y las escenas cómicas, lo noble y lo obsceno nunca se mezclaron en los autores de esta época. (p.p.77-81)

La judicialización del arte obsceno comenzó con los libros y en especial la novela, este género era el más popular y había logrado llegar a todos los públicos, su judicialización en Inglaterra y Norteamérica solo se daría tiempo después de su masificación, principalmente porque hasta el último cuarto del siglo XIX, en los autores de estos países no se había expresado una valoración distinta de la moralidad de su tiempo, por lo que anterior a esta fecha no se habían suscitado controversias que fueran necesarias llevar a juicio. Este fenómeno contrasta con lo ocurrido en Francia, donde el escritor se reveló mucho antes que en estos países por lo que la literatura francesa sería estigmatizada internacionalmente como corruptora (Kendrick, 1995, p.p. 129 a 132).

Para Kearns (2000):

El novelista guarda una difícil relación, sino imposible, con la ley que dictamina que este arte, “aunque arte”, no debe transgredir el panorama de la moral establecida, por mas difícil que sea evaluar la conciencia. Es precisamente una de las vocaciones del novelista el dar nuevas luces en materias morales por lo que es un problema intrínseco y ontológico: ¿Cómo puedo hacerlo sin transgredir los criterios morales de referencia de una sociedad? A los ojos de la ley, esta vocación apela a envolver precisamente esto. Una hermenéutica diferente es usada: el arte desde un punto de vista de aventura psíquica y creación, desde el punto de vista de los estándares del derecho como seguridad social y preservación moral. (p.149)

Los primeros juicios por obscenidad tuvieron lugar según Kendrick (1995), en Francia, históricamente ya existían libros prohibidos, pero no bajo un trámite judicial y no era bajo el cargo de obscenidad de manera independiente: “antes del siglo XVIII, no se hacía ninguna distinción entre los libros prohibidos por razones políticas o religiosas y aquellos prohibidos por razones morales” (p.135). Esto se explica porque estos asuntos

estaban mezclados en la vida y el Estado mismo, la separación entre lo sexual y las otras dimensiones es propia de la época victoriana. Loth (1969) sin embargo señala un juicio en Inglaterra anterior a los juicios franceses, se trata de *Regina vs. Reid*, en 1708 contra un impresor por publicar *Las Quince Plagas de la Virginidad*, una recopilación de las diferentes maneras de perder la virginidad, que alguien consideró violaba el derecho consuetudinario, sin embargo el juez John Holt sentenció que la obra no atentaba contra la ley del derecho consuetudinario ni de la ley escrita, la obscenidad era punible solo por los tribunales eclesiásticos como delito espiritual (p.150). Loth (1969) también señala el caso *Rex vs Curll* de 1725, la primera condena en Inglaterra bajo el cargo de obscenidad, el condenado fue el comerciante de Holywell Street, Edmund Curll quien vendía en esta tradicional cuadra libros de contenido sexual. Curll ya había tenido encuentros con la autoridad, había sido condenado en 1716 por una edición pirata de las actas de las sesiones de la Cámara de los Pares en el proceso por traición al conde de Winton por participar en el alzamiento jacobita en 1715, como consecuencia la edición fue confiscada y Curll fue amonestado de rodillas ante la Cámara de los Lores (p.151). Cinco años después sería de nuevo procesado por publicar el libro *Las obras del duque de Buckingham*, sin embargo fue absuelto debido a que hasta entonces la violación a la intimidad no era ilegal, suceso que dio pie a que la Cámara sancionara una “resolución que declaraba la impresión no autorizada de los escritos de la vida o la última voluntad y el testamento de “cualquier par de esta Cámara” atentatoria a los fueros de esta, y por consiguiente delito punible. Esta resolución tuvo vigencia hasta 1845, cuando los pares comenzaron a perder importancia (Loth, 1969, p.152). Luego de ganarse la animadversión de los pares e incluso otros miembros de las altas esferas de Inglaterra, fue procesado por *Venus en el claustro, o La Monja en Enaguas*” (*Rex v. Curll 1927*), un texto editado desde tiempo atrás y considerado anticatólico y pro-prottestante, por hacer públicas las orgías en los confesionarios católicos. En primera instancia fue condenado, y el editor apeló bajo el antecedente de Holt, sin embargo el tribunal confirmó la sentencia, rechazando la interpretación del juez Holt y señalando que sí existía en el derecho consuetudinario el “libelo obsceno”, de esta manera se llegaría a pagar la primera multa por obscenidad en Inglaterra y la primera sanción, consistente en colocarse durante una hora en la picota de Charing Cross. Antes del 23 de febrero de 1728, día seleccionado para la picota pública se repartieron volantes diciendo que Curll había sido condenado por reivindicar la memoria de la reina Ana, esto y amigos influyentes, llevaron a que el día de la pena fuera recibido con serenata y no se le arrojara cosas como era costumbre (Loth, 1969, p.153). Como explicación a este cambio en la jurisprudencia inglesa, Loth (1969) rechaza la interpretación de que se tratase de una manera de evitar las protestas del fundamentalismo que por la época había originado disturbios y se inclina por considerar que:

El principio de la libertad de prensa en el campo de la controversia política y religiosa se había vuelto precioso para los ingleses: se había vuelto un verdadero artículo de fe. Pero quizá fue posible insinuar algunos controles sobre esos escritos, so pretexto de poner trabas a la mera indecencia (p.153).

Según Loth (1969) para 1800, en Inglaterra ya estaba bastante establecido que “la venta de literatura obscena era un delito de derecho consuetudinario”, y no solo eran condenados libros, ya circulaba material gráfico que venía principalmente de Francia y que daría lugar al género conocido como la tarjeta postal francesa, sin embargo no se guardaron las actas de los procesos porque su suerte no era de interés. (Loth, 1969, pp.167 y168)

Un ejemplo de la mezcla de lo político y lo obsceno es el juicio y condena de John Wilkes, un miembro del parlamento inglés que fuera procesado indistintamente por levantar alguna crítica al gobierno de Jorge III y haber sido autor de “*Un ensayo sobre la mujer*”, aun cuando este último hubiese llegado a la imprenta de manera ajena a la voluntad del autor, esto en el año 1763 (Kendrick, 1995, p.p.135-136). De Wilkes señala Loth (1969), que también fue procesado por “*La oración de la Doncella*”, y que sus versos son mucho más modestos que los de Rochester solo que fue juzgado con mayor severidad debido a su posición política (p.161). Situación que contrasta con el libro de Cleland “*Memorias de una mujer del placer*”, posteriormente conocido como *Fanny Hill*, que fuera publicado en 1749 y que no obstante ser considerado como un clásico de la literatura obscena, solo sería procesado con la aparición de la Ley de Publicaciones Obscenas de 1857. Esto para mostrar, el desinterés que generaba en los estrados el tema de la obscenidad antes de siglo XIX. (Kendrick, 1995, pp.137 y 138). Cleland sin embargo fue llamado ante el Consejo Privado del reino, sin que fuera castigado, y el conde Granville ofreció darle una pensión anual a cambio de que no siguiera escribiendo novelas procaces, pensión de la que disfrutó por mucho tiempo, escribiendo en el entretanto algunas obras de lingüística (Loth, 1969, pp. 159 y 160).

A la inauguración de los juicios por obscenidad le precedió la reglamentación de otras medidas de censura incluso mucho más efectivas. En Inglaterra bajo la Ley de autorización de Escenario de 1737, eliminada solo hasta 1968, se impidió la presentación de obras polémicas en desmerito de la calidad escénica. En 1787 Jorge III por medio de una proclamación real, exhortaba a que se suprimiera “toda impresión, publicación y libro inmoral y licenciosos que signifique un veneno para las mentes de los Jóvenes y los Incautos, y a castigar por tanto, a sus editores y vendedores”, pero solo hasta la Ley de Publicaciones Obscenas en Inglaterra, la censura se realizó por agencias privadas como la Sociedad de la Proclamación de William Wilberforce, que sería sustituida por la Sociedad para la Supresión del Vicio en 1802. Aunque las demandas fueron muchas, no se contemplaba la medida de destrucción del material (Kendrick, 1995, p.138). Loth (1969) señala un juicio promovido por la sociedad para la supresión del vicio contra Richard Carlile por la publicación de “*La edad de la razón*”, en el que fuera condenado a dos años de prisión, la sanción máxima para este delito en 1819 en Inglaterra. (p.170).

En Francia la censura fue monopolio principal del monarca y su corte hasta la revolución, y se volvería a instalar con el primer imperio napoleónico, Francia sin embargo distaba de ser una patria libre (Kendrick, 1995, p.139). Con obras como Gargantúa y Pantagruel (1532-1552) de Rabelais, la literatura francesa se había mostrado muy liberal, lo que la estereotipo como la literatura de la corrupción y se

reflejaría en la xenofobia de las primeras legislaciones antiobscenidad de Inglaterra y Estados Unidos e incluso en Colombia. La literatura Francesa era también considerada peligrosa porque tenía un contenido político revolucionario. A pesar de lo cual Francia contó con una legislación más rígida que la inglesa, se trató de la Ley de 1819 que condenaba “el escándalo público contra la moral religiosa y las buenas maneras”, y la aprobación oficial para obras de teatro fue restaurada en 1850 con una intensión principalmente política. No obstante estas restricciones, Francia daría lugar al movimiento literario conocido como “realismo” y que será blanco de los primeros juicios por obscenidad; este movimiento se interesara por todos los aspectos de la realidad humana que hasta ahora los artistas habían intentado esquivar, y uno de sus mayores representantes daría la primera gran batalla judicial por obscenidad en Francia<sup>29</sup>. (Kendrick, 1995, pp. 145 y 146)

En 1857 *Madame Bovary* será llevada ante estrados franceses, aunque nuestro estudio se centre en Inglaterra, debemos aludir a este porque el juicio esboza las principales posiciones de los demás juicios por obscenidad. El libro publicado en 1856, ya había sido mutilado por la propia editorial *Revue* a regañadientes de Flaubert, se trataba de una editorial de conocida orientación liberal que había recibido advertencias con anterioridad, se había eliminado el último pasaje de la novela que narra el viaje en coche entre Emma y León. No obstante ser expurgado, el libro llegó a juicio y el propio Flaubert supo, que se trataba más de una medida contra la editorial que contra su obra (Kendrick, 1995, p.148). La contienda se dio entre el abogado imperial Ernes Pinard y el abogado defensor Antoine- Marie- Jules Sénard. Pinard, intentado sortear la dificultad de no poder leer la totalidad de libro en juicio y al mismo tiempo no parecer tomando párrafos sacados de contexto, realizó un resumen que sin embargo parecía una novela distinta y luego procedió a referenciar los párrafos, unos párrafos que en la propia lectura parecían inofensivos y que la propia interpretación de Pinard hacia más escandalosos, todo esto para traer a un juicio a un personaje que la moral ya había creado pero que los estrados no conocían, la Persona Joven, dice Pinard:

¿Quién lee la novela de Flaubert? ¿Hombres comprometidos en la economía y los estudios sociales? ¡No!. Las frágiles páginas de *Madame Bovary* caen en las manos más delicadas, aquellas de las muchachas jóvenes y, a veces, de las mujeres casadas. Y bien; cuando su imaginación ha sido seducida, cuando esa seducción ha alcanzado su propio corazón, cuando sus corazones han hablado de sus sentidos, ¿pensáis vosotros que un argumento frío y razonado se resistirá a las seducciones de los sentidos y los sentimientos? (Citado por Kendrick, 1995)

El mito de la persona joven está en la base de la historia de la obscenidad, a su vez esta creatura trae implícita una posición sobre el poder de la representación que nos

---

<sup>29</sup> Podría discutirse si puede considerarse a Flaubert un realista, sin embargo el que los primeros juicios a la literatura tuvieran como acusados a Flaubert y a Baudelaire, muestra un divorcio del escritor con la institucionalidad que puede entenderse como el origen de la filosofía del arte por el arte, según el análisis de Pierre Bourdieu en su libro *Las Reglas del arte*.

devuelve a la pregunta sobre si el arte es o no peligroso que tratamos en el primer capítulo, ya Platón y Aristóteles discutían esto, en la visión platónica se considera la corrupción de las representaciones y la visión aristotélica, considera que el arte bajo ciertas situaciones puede procurar catarsis. Si consideramos que el arte es capaz de generar beneficio debemos admitir que el arte es capaz de generar corrupción, esta es la paradoja a la que se enfrenta cualquier visión del arte como remedio al sufrimiento humano o terapia, la pregunta filosófica sobre el poder del arte en el comportamiento humano atraviesa la historia de la censura y con ella la de los juicios al arte. No se ha comprobado que el arte lleve o inserte actitudes o pensamientos que no se encuentren de por sí en la sociedad o en el sujeto, es así por ejemplo, que el problema de la pornografía no se encuentra en que lleve al hombre a atentar contra la mujer, sino que existen en la sociedad jerarquías y valores de opresión que la pornografía o el arte obsceno representa, sin embargo, judicialmente no se considera necesario demostrar científicamente que ciertas representaciones promuevan algún tipo de violencia para que los Estados repriman la expresión obscena.

Finalmente, Pinard sin desconocer el talento del artista, señala que el arte debe tener unos límites, porque “nada llega a ser grande si no se sigue una norma” (Kedrich, 1995, p.151), similar posición trasladada al mundo jurídico se encuentra de manera contemporánea en un crítico del arte como Danto (2003) del que ya habíamos citado:

Por eso por lo que la libertad en cuestión ha de ser total. Si hubiese grados y distinciones, lo estaríamos tratando como si no fuese arte. Puedes decir lo que quieras porque, como es arte, carece de significado real. Pues entonces, en realidad, tampoco es libertad (p.177).

Como ya habíamos señalado en el primer capítulo, un arte totalmente libre solo es posible en una cultura descreída del poder del arte para afectar la realidad.

Sénard usaría otra estrategia. Lo primero, sería rechazar el resumen amañado y la lectura de párrafos sacados de todo contexto, luego remitió la obra a su autor, hablando de las calidades morales del mismo, y luego a su intención que estaría en correspondencia con estas calidades, atribuyéndole con esto una intencionalidad que el mismo Flaubert desconocía; de esta forma *Madame Bovary* no solo no era obscena, sino que incluso era una obra constructiva que mostrando los peligros que lleva una educación provincial (Kendrick, 1995, p.153), y de manera brillante culpó a la editorial de los malentendidos que el libro pudiera ocasionar, debido a que estos se basaban en las supresiones que la editorial había realizado, para lo cual leyó los pasajes suprimidos mostrando cómo el silencio que dejaba la última escena se prestaba para imaginar una posibilidad que el autor había rechazado. De esta manera “la obscenidad no se encontraba en Flaubert ni en su novela, sino en la mente de los editores de la revista y del fiscal público”, y finalmente ya existían escenas de coche mucho más problemáticas y en libros en general más molestos que no habían sido víctimas de reparo. Luego de lo cual el jurado no tuvo opción que declarar a Flaubert y su obra como inocente, y se volvió a la versión sin expurgar que hoy conocemos. La práctica de atribuirle una función moral al autor de la obra obscena volverá teniendo su mayor ejemplo en el caso del juicio contra *El Ulises*.

No obstante, el jurado también expresó su opinión frente a la obra de Flaubert, de alguna forma el autor era culpable de haber transgredido el arte que debía ser “casto y puro”, (Kendrick, 1995, p.155) sin importar los buenos efectos que un arte contrario genere, pero no había ley que lo prohibiera, es decir que para el jurado se trataba de una obra transgresora de los límites literarios y no de los límites jurídicos.

En 1857 bajo el auspicio de Lord Campell, Inglaterra dio a luz a su principal estatuto antiobscenidad (ya en 1853 el Parlamento había sancionado la primera legislación sobre obscenidad que “autorizaba a la Aduana a decomisar “láminas, cuadros, libros, tarjetas, litografías u otros grabados o cualesquiera otros artículos indecentes u obscenos” (Loth, 1969, p.189)), se trataba de la Ley de Publicaciones Obscenas o Ley Campbell en honor a su promotor, aunque ya se condenaba “el libelo obsceno” (Kendrick, 1995, p.159), como vimos con la negación de la doctrina Holt, pero aún no se podía realizar allanamiento por obscenidad. John Campbell era un escocés de setenta y ocho años, que recientemente había condenado a un pornógrafo con la sanción más alta de dos años y se vio escandalizado ante los testimonios dados por La Sociedad del Vicio (Loth, 1969, p.189). Las discusiones en las dos cámaras fueron álgidas debido a la dificultad misma de definir lo obsceno, sin embargo la intensión del estatuto quedó clara cuando apareció Lord Campbell con *La Dama de las Camelias* de Dumas el joven en la mano, señalando que habían tres tipos de libros, la primera, los clásicos de todos los tiempos sin importar su contenido, otra que no tiene merito y por lo cual solo sirve para corromper y una tercera como *La Dama de las Camelias*, que si bien podía ser corruptora no entraba en el segundo grupo, quizás como sugiere Kendrick (1995), porque su valor artístico podría salvarla aunque no fuese considerada un clásico aún. (p.161)

Según el análisis de Kendrick (1995), esto refleja dos batallas diferentes que se daban a la literatura juzgada por obscenidad en ambos países, mientras en Francia se trataba de una reacción frente a un movimiento artístico de origen nacional, en Inglaterra la legislación se basaba en prejuicios de clase (Kendrick, 1995, p.161), para limitar el acceso de unos libros en específico, aquellos a los que las clases no aristocráticas tendrían acceso o contra la presentación en público de ciertos contenidos, mientras que la propiedad privada de las clases altas, que podían tener entre sus colecciones privadas obras obscenas contaba con la misma tranquilidad, esto, explica Kendrick (1995) es: “sintomático de la tradición británica- y estadounidense- respecto a la propiedad privada y también refleja un sutil perjuicio en ambas naciones a favor de aquellos que tienen los medios de obtener cuanto deseen a través de canales privados”. (p.161)

La sección primera de la Acta de 1857 daba el poder a los magistrados para que luego de una queja razonablemente creíble, que manifestara que un libro obsceno, pintura, dibujo o cualquier otra representación es guardada, en tienda, cuarto u otro lugar... con el propósito de venta o disseminación, dejado a esconder, o ser publicada con el propósito de ganar provecho, otorgaba la garantía a la policía de entrar en el lugar para verificar la medida de la ofensa del libro o el artículo. La queja debía en primera instancia estar juramentada en el sentido que los artículos en cuestión “debían ser

vendidos, distribuidos, prestados, o publicitados” y el magistrado debía establecer si la queja era sobre uno de los materiales que contemplaba el delito.

El Acta de Publicaciones Obscenas será poco aplicada según Kendrick (1995), hasta 1868 cuando el presidente del Tribunal Supremo instaure su test de obscenidad en el caso *Regina vs. Hicklin*, pero esto lo veremos en el aparte correspondiente a los test de obscenidad.

## 2.2. Los inicios en Norteamérica

Norteamérica será el principal lugar donde se producirá el debate sobre arte obsceno en el siglo XX, y esto como señala Kendrick (1995) a pesar de ser la patria de la libertad. Antes incluso de la Ley de Aduanas de 1842 (el primer estatuto federativo que hace relación a la obscenidad), el Estado de Vermont ya contaba con un estatuto y en 1711 Massachusetts había prohibido la “composición, escritura, impresión y publicación de cualquier obscenidad indecente o canción profana, panfleto, libelo sermón satírico, en imitación o burla de la prédica o de cualquier otra parte del ritual divino” (Kendrick, 1995, p.171). Hasta el momento se podía condenar a las personas (sanciones que iban desde dos semanas a dos años) pero no sacar de circulación el material por lo que se hizo necesaria la promulgación de la Ley de Aduanas (Loth, 1969, p.173). Estas primeras legislaciones fueron escritas según la fórmula antigua de no diferenciar obscenidad y blasfemia y no tendrían mayor aplicación, pero independiente de estas particularidades de los Estados, interesa observar que el primer estatuto por encima de los Estados en Norteamérica se trataba de una ley que regula el ingreso de material obsceno, lo que evidencia que al igual que en Inglaterra la motivación principal para regular la obscenidad es xenofóbica, con una confianza no del todo infundada de que internamente no se producía este tipo de material (Kendrick, 1995, p.170). La Ley de aduanas, primera ley antiobscenidad de la federación no trataba principalmente de la obscenidad, sus temas centrales eran los aranceles, lo que a juicio de Kendrick se explica porque:

En los Estados Unidos Como sus colegas europeos, los legisladores norteamericanos no veían todavía ninguna amenaza directa en los libros y las imágenes obscenas, y se contentaban, por lo pronto, con asociar la obscenidad a otros artículos peligrosos que podían venir de fuera y que, ciertamente no se producían en casa. Así que en ningún momento hicieron el intento de definir palabras como “indecente” y obsceno. (Kendrick, 1995, p.170)

Para Loth (1969), Norteamérica comenzó siendo mucho menos liberal que Inglaterra en términos de obscenidad, si bien llegaban novelas de Inglaterra sobre temas sexuales sin limitación, Norteamérica era sexualmente más conservadora en sus costumbres, no había la misma cantidad de prostitución que en Inglaterra, en Nueva Inglaterra y Pensilvania se practicaba con alguna generalidad el “empaquetamiento”, esto consiste en que las parejas duermen con ropa, y finalmente Benjamin Franklin publicó obras procaces como *El discurso de Polly Baker* en Londres antes que en Norteamérica, que era su patria natal. (p.p.161-165)

El primer juicio por obscenidad al arte se dio en Pensilvania en 1815, contra Jesse Sharpless y otros (*Commonwealth vs Sharpless et al*), por exhibir aunque en domicilio privado una pintura, se trataba de:

(C)ierto cuadro lascivo, perverso, escandaloso, infame y obsceno que representaba a un hombre en una postura obscena, impúdica e indecente con una mujer, para la corrupción y subversión manifiestas de la juventud y de otros ciudadanos de este Estado, para el mal ejemplo de otros que pudieran incurrir en la misma falta, y contra la paz y dignidad del estado de Pensilvania". (Citado por Loth, 1969, p.172)

Ante la falta de precedente sobre el tema, la Suprema Corte de Pensilvania se remitió a un caso inglés, que sin embargo no tenía nada que ver con la obscenidad en arte. En 1663 sir Charles Sedley y Lord Buckhust, habían hecho aparición en un balcón de una taberna mostrándose desnudos ante la multitud y habían lanzado a los espectadores botellas de lo que parecía orina. Acusado sir Sedley de blasfemia y "arrojar a la multitud las botellas", fue multado y encarcelado por una semana considerando que:

(...) Esta Corte esta investida con el poder de condenar no únicamente una violación abierta a la decencia o moralidad, también cualquier cosa secreta tendiente a socavar los principios de la sociedad... los crímenes son ofensas publicas no porque sean perpetrados públicamente, sino porque el efecto es una injuria pública (...). (Barton, 1992, p.p. 64-67)

Las diferencias entre los casos son abismales pero se observa lo recursivo de los tribunales. Se debe aclarar sin embargo que este caso fue anterior a que se produjera la ratificación de la Cuarta Enmienda que habla del derecho a la intimidad, lo que explica esa falta de separación entre lo público y lo privado.

Solo hasta 1821 se produciría el primer juicio contra un libro, esta vez sería el ya célebre *Fanny Hill* que ahora llevaba el título de "*Memorias de una dama del placer*" (*Commonwealth vs Holmes*), esta sería la oportunidad para que el tribunal de Massachusetts descubriera que era posible condenar la obscenidad bajo el derecho consuetudinario.

Norteamérica contaba con los estatutos antiobscenidad de 1865 y 1872 que se habían utilizado esporádicamente, y el congreso había censurado el correo en algunas oportunidades, pero la persecución contra la obscenidad artística en Norteamérica estaría dada principalmente por la figura de un hombre: Anthony Comstock. Un personaje muy particular que llegó a concentrar el monopolio de la censura artística durante gran parte de su vida, a pesar no ser nunca un servidor público y actuar con la mayor libertad a pesar de ser financiado con dineros públicos. Un hecho pintoresco, que Kendrick (1995) explica debido a la idiosincrasia norteamericana que de un lado piensa que el gobierno no sirve para nada y los privados emprenden cruzadas como estas por hacer lo que el gobierno no hace y por la apatía general a las leyes que se fundaba en una falta de consenso ("su rasgo norteamericano será el que llegaran a producirse porque a muy poca gente le importaba lo que la ley dijera o que hubiera alguien que la hacía cumplir"). Comstock, un personaje que realmente tenía la convicción de que habían grandes peligros para la sociedad, como la obscenidad, la anticoncepción y el aborto, es decir un

moralista radical, encontraría la manera adecuada de ejercer la censura a través de la oficina de correo, el único órgano federal que tenía jurisdicción por encima de los Estados, en una tradición propiamente norteamericana de considerar el correo un asunto de la federación.

Comstock logró, en 1873 que el Congreso aprobara la “Ley para la supresión del comercio y circulación de la literatura obscena y de artículos de uso inmoral”, también conocida como Ley Comstock, que establecía:

Ningún libro obsceno, lascivo o impúdico; ningún papel, panfleto, pintura, impreso o cualquier otra publicación de carácter indecente; ningún artículo u objeto diseñado con la intención de prevenir la concepción, de producir el aborto; ningún artículo u objeto hecho o adaptado con el propósito de ser usado de manera indecente o inmoral; ningún escrito o tarjeta impresa, circular, libro panfleto anuncio o noticia de cualquier tipo que dé información, directa o indirecta, sobre dónde, cómo, con quién o por qué medios alguno de los objetos ya mencionados puede ser obtenido o hecho; ninguna carta en sobre, ninguna tarjeta postal acompañada de epítetos indecentes o procaces escritos a mano o impresos, puede ser enviados por correo. (Kendrick, 1995, p.p. 199 y 180)

Una consagración que contrasta por lo minuciosa y rigurosa frente a la inglesa. Lo importante estuvo en que la ley autorizaba a un agente especial para su aplicación, y este no sería otro que Comstock. Hasta su muerte este agente cumpliría su labor con absoluta devoción llegando a acuñarse el término “*comstockería*” para significar “excesiva y fanática censura de las bellas artes y la literatura, que suele confundir obras obviamente honestas con otras salaces” (citado por Kendrick, 1995, p. 195, del America College Dictionary, 1975), aunque como señala Kendrick (1995) este término fuera producto de un evento del que nuestro agente no tuvo esta vez nada que ver. Las anécdotas sobre Comstock son muchas y su métodos bastante particulares, sin embargo omitiré esta referencia para que podamos dar paso a los casos judiciales, debo decir sin embargo que la persecución que hiciera Comstock se dirige no solo contra el arte obsceno, sino incluso contra los movimientos pro-anticoncepción a quienes Comstock perseguirá lo mismo que las prácticas abortivas, esto para señalar que el movimiento de crítica a la moral no se da de manera autónoma en las artes sino que hace parte de algo más profundo que se evidencia en todas las esferas de la vida.

Las polémicas por panfletos o libros anticoncepción ya se habían dado en Inglaterra en 1877, con el libro *Frutos de la filosofía* y el libro *El Amigo de los Matrimonios Jóvenes*, y en la legislación inglesa sobre obscenidad la anticoncepción no estaba contemplada, lo que contrasta con la legislación Norteamericana. También el libro *Inversión sexual* de Havelock Ellis sería llevado a juicio en 1898, sin embargo por ser libros no literarios no se relaciona con nuestro tema y los pasaremos por alto (para más información remitirse a Kendrick, 1995, p.p.180 y ss y Loth, 1969, p.p.211 y ss). Esta es la historia de las batallas de los libros no literarios, y muestra que el tema de la obscenidad está más allá de las expresiones artísticas.

## 2.3. Los inicios en Colombia

De la lectura de la única sentencia constitucional que trata el tema de la obscenidad en Colombia, parecería que no hay mucho que decir al respecto, así señala la Corte Constitucional, cuando compara Colombia con Inglaterra y Norteamérica:

La Corte Constitucional considera indispensable resaltar en este punto que, en Colombia, **no están presentes dichas especificidades**. Por una parte, la legislación colombiana no penaliza ni la obscenidad ni la pornografía, por lo cual no existe en nuestro país una decisión político-legislativa que suscite debates jurisprudenciales tan álgidos como los que se acaban de reseñar. En aplicación del principio constitucional de legalidad, las conductas que no estén expresamente prohibidas a los particulares, se han de entender permitidas (art. 6, C.P.). Por otra parte, la sociedad colombiana, que constitucionalmente se ha caracterizado como una estructura plural basada en el respeto de la diversidad, no comparte una sola postura o actitud frente a las expresiones de contenido sexualmente explícito, y mal harían tanto el Congreso como los administradores y los jueces en privilegiar una determinada perspectiva de la sexualidad humana, que sirva de parámetro de juicio y exclusión de las expresiones que reflejen perspectivas diversas en este complejo y sensible tema. En consecuencia, **la caracterización de lo sexualmente explícito como una forma de expresión excluida de protección constitucional, no es un elemento que esté presente en el ordenamiento constitucional colombiano**. Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene disposiciones específicas en su artículo 17, orientadas a resguardarlos de la exposición a expresiones que puedan ser lesivas para su proceso de desarrollo, norma que es relevante al momento de establecer el ámbito de protección constitucional de este tipo de expresiones. (Negrillas de la Corte, Sentencia T-391/2007).

En efecto, en la actualidad tal vez solo exista un estatuto vigente (el Código Nacional de Policía adicionado por el artículo 44 del Decreto 522 de 1971, sobre Contravenciones Especiales de Policía) que aún conserva la palabra obscenidad, pero esto no siempre fue siempre así y es muy posible que en el transcurso, bajo otras disposiciones que prohibían la obscenidad y en la actualidad en lo relacionado con la pornografía infantil principalmente, el arte obsceno haya sido judicializado, encontrar estos antecedentes es sin embargo imposible, debido a que deben estar olvidados o inevitablemente perdidos, y rastrearlos excedería las posibilidades de este trabajo de grado, por lo que se hará un pequeño recorrido a partir de la información que fue posible encontrar hasta ver en la actualidad cuál es la situación de la libertad en el arte obsceno. De otra parte, se debe señalar que el que no exista una limitación legal a la obscenidad, no significa que en nuestro país la obra obscena no estuviese exenta de censura, como lo muestran las biografías de grandes artistas colombianos, como Vargas Vila o Beatriz González; pero en materia judicial parece que la discusión sobre lo obsceno no se ha dado de manera sistemática y con repercusiones, y mucho menos la discusión del arte obsceno, en un país donde no existe una gran tradición artística transgresora desde lo sexual. Tampoco es coincidencia que Inglaterra y Norteamérica que hacen parte del common law, sí cuenten con esta tradición de leyes antiobscenidad y que se haya hecho

indispensable para el entendimiento del tema la sistematización de la jurisprudencia, mientras Colombia que hace parte del sistema continental no. Las limitaciones a la obscenidad surgieron, como se observó en los apartes anteriores, en reglas del *comon law*, es decir de la costumbre transmitida ancestralmente y que por esto mismo tienen una naturaleza conservativa, y en la tradición anglosajona del derecho, el precedente judicial ha contado históricamente con mayor importancia, por lo que no resulta tan fácil romper con una tradición del día a la mañana. El análisis de la Corte Constitucional solo se limita a confirmar que no existe una disposición antiobscenidad y de allí proyecta la imagen de que la población colombiana es ampliamente plural, lo cual no es del todo cierto, de las entrevistas que realiza Francisco Celis (2002), uno de los mayores conocedores sobre la sexualidad colombiana, en su libro *Colombia Erótica*, se observa que la sexualidad Colombia es principalmente genital, machista y de doble moral, distamos mucho de ser ese país tolerante y abierto a las diversas prácticas sexuales.

Hablar de los inicios de los límites a la obscenidad en Colombia no es difícil si pensamos, que en nuestro país como en el resto de Hispanoamérica, se implantó en la Colonia una censura eclesiástica que puede observarse en el Título 24 del Libro primero de la Recopilación de Leyes de las Indias, donde se establecía, por ejemplo, que no se imprimiera arte ni vocabulario de los indios, sin que fueran examinados por la Real Audiencia.<sup>30</sup> Así mismo, se establecieron limitaciones a la entrada de libros y su tenencia en general en los territorios conquistados, que se dirigían principalmente a obras de ficción<sup>31</sup> y que al parecer no tuvieron mucha aplicación. Es decir que se instauró una censura que era la misma de la Santa Inquisición; en efecto la lista de libros prohibidos era la del *Index Librorum Prohibitorum* a la que se sumó lo relacionado con temas de las Indias sobre las que España guardó particular celo, siendo el Consejo de la Inquisición el encargado del manejo de los libros prohibidos, que según esta tradición católica, no diferencia entre obras obscenas y otro tipo de temas y que se regía por las mismas preocupaciones que la iglesia expresaba sobre este material. Así por ejemplo, se lee en el Acta que Juan Ignacio Gutiérrez como delegado de la inquisición de Cartagena, levantara con ocasión de los bienes dejados por el Arzobispo Fernando de Portillo, en el año 1804, el siguiente razonamiento:

Cuanto los libros prohibidos se equiparan a los venenos que entran fuera del comercio de las gentes, y se miran como el más riguroso contrabando: y sobrepasan, sin duda por los libros prohibidos las razones (a más del expurgatorio de España) respecto a los venenos. 1º. Porque el veneno se gasta y consume con el uso que de él se haga: los libros prohibidos no; no que por el contrario, con el uso se aumenta y crece la ponzoña infinitamente. Lo 2º el

---

<sup>30</sup> Ley 3 del título 24, libro 1; en Código de Calos IV.

<sup>31</sup> La ley IV del título 24 establecía: Que no se consientan en las Indias libros profanos y fabulosos. Porque de llevarle á las Indias libros de Romance, que traten materias profanas, y fabulosas y historias fingidas se figuren muchos inconvenientes. Mandamos a los Virreyes, Audiencias y Gobernadores, que no los consientan imprimir, vender, tener, ni llevar a sus distritos, y provean, que ningún Español, ni Indio los lea.

veneno hace daño y mata a una, o pocas personas: los libros prohibidos dañan y matan a una ciudad, a un provincia y a un reino entero, 3º los venenos, con el tiempo pierden su fuerza, se pasan o corrompen: los libros al contrario, con el tiempo perseveran sin corrupción, ni pierden la fuerza o el toxico como vemos ahora en su fuerza los errores de los primeros siglos de la Iglesia, conservado en antiguos escritos. Lo 4º. Que excede una inmensidad el daño de los libros malos y prohibidos al daño que hace los venenos; quando va de la muerte del cuerpo, que estos matan, a la del alma que causan los otros. (Archivo Nacional SC.21,43,D.31)

De la lista de los libros prohibidos que se encuentran en la Colonia, no se observa que se trate obras obscenas en ningún sentido, se tratan de obras religiosas, de filosofía o de gramática y por supuesto no escapamos al prejuicio frente a los libros franceses, que se consideran sediciosos<sup>32</sup>.

En 1910 se publicaría el libro *Novelistas Malos y Buenos*, que fue el primer y único manual de censura literario elaborado y publicado en Colombia, entre las categorías de libros malos que establece su autor se encuentran las siguientes:

Inmoral. Lo que es contra las buenas costumbres, ya por lo que narra ó describe, ya por la enseñanza. Unas veces la novela lleva fin moral, pero por ser en ella los medios inmorales, resulta inmoral.

Aunque inmoral lo aplicamos de ordinario en orden á la castidad, sin embargo también empleamos tal palabra refiriéndonos a otras virtudes. Hay no pocas novelas que reprenden ciertos pecados y vicios, ensalzando otros.

Obsceno, deshonesto, lascivo, lujurioso, libre. Desde luego estos calificativos, aplicados á novelas, dicen que éstas pecan gravemente contra la castidad.

Libre suele significar, si lo empelamos solo, que es deshonesto, pero más de paso, aunque á veces con menos pudor.

Lujuriosa es una novela impregnada de toda ella, ó en gran parte, de lujuria. Cuando no aplicamos sino la palabra deshonesto ó lasciva, es que la novela, ó es toda deshonesto, ó contiene pasaje de tal consideración y tanta deshonestidad, que hacen exclamar: esta novela es deshonesto.

Obsceno, indecente cínico. Cuando es tanta la deshonestidad, que ni en la forma se guarda el pudor ó decoro, y se describen vivamente las cosas más deshonestas. (Ladrón de Guevara, 1998, pp. 31 y 32)

---

<sup>32</sup> Ver Archivo Nacional SC.39, 74, D.26 sobre la precaución de que Nariño y Fermín de Vargas introduzcan material sedicioso de Francia.

De estas “precisiones conceptuales” que hace el padre Pedro Ladrón de Guevara, se observa que existe una relación entre lo obsceno y lo sexual, que el autor llama lo contrario a la castidad, mientras que existiría una categoría mayor, dentro de la que se encontraría lo obsceno, lo vicioso etc., que el autor llama lo inmoral. De otra parte el autor alcanza a hacer cierta diferenciación entre el tema obsceno y la forma obscena, y da así el apelativo de obsceno, indecente y cínico, para aquello que es obsceno incluso en su forma. Aunque la utilización de este manual de censura no fuera amplia, da cuenta de la sensibilidad frente a lo sexual en nuestro país en un momento histórico determinado, y muchos otros temas relacionados con el arte. En palabras de Juan Camilo Rodríguez (en Ladrón de Guevara, 1998), quien realiza la introducción a la edición contemporánea de *Novelistas Malos y Buenos*:

Las apreciaciones del padre Pablo Ladrón de Guevara, que no fueron cosa marginal en su tiempo, son muy importantes para la historia de la educación en Colombia, y la historia de su literatura y contribuyen para la interpretación de los lectores colombianos en diferentes épocas. Tal vez muchas personas hacían caso de Ladrón de Guevara y lo consultaban. Pero otros, con mejor sentido estético también debieron seguirlo para escoger, de aquellos prohibidos, qué leer. Si no hubiese sido así, en la Colombia de comienzos de siglo XX no se habría leído autores como Balzac, Dumas, Flaubert, Victor Hugo, Goethe, Zola o Stendhal, todos ellos condenados por la sesgada opinión de este censor. (p. 14)

En el siglo XX algunas obras fueron condenadas pero bajo concepciones puramente políticas, es el caso de: *De cómo el liberalismo político colombiano no es pecado* de Rafael Uribe Uribe publicado de 1912, prohibido por Monseñor Bernardo Herrera; el libro *Laureano Gomez, Psiconálisis de un resentido* de José Francisco Socarrás publicado en 1942; *Lo que el cielo no perdona* escrito por Fidel Blandón Berrío y publicado en 1954; *Entre la libertad y el miedo* de German Arciniegas publicado en 1952 (Villamarín, 2001). Esto sin duda habla de un interés por la crítica política a través de las letras y de un evidente miedo por parte de los censores a que estas en efecto tuvieran repercusiones en el mundo político del momento, sin embargo parecen ser razones políticas antes que sexuales las que motivan la censura.

El primer código penal expedido luego de la independencia fue el Código Penal de la Nueva Granada de 1837, para los estudiosos, el catálogo de delitos contra la moral es casi idéntico al Código Español de 1822, exceptuando que en este se les llama delitos contra las buenas costumbres y porque las penas en el código neogranadino son más severas. Dentro de los delitos contra la moral pública se encuentran, palabras, escritos y actos obscenos:

Por obscenidad se castigaban las siguientes conductas: a) proferir públicamente palabras obscenas, o “cantar canciones torpes”, castigados con ocho días a tres meses de arresto; b) ejecutar “acciones deshonestas” públicamente, con la pena de uno a cuatro meses de prisión (cometer estos delitos en teatro, mercado, o cualquier otro lugar concurrido, acarrea la duplicación de las penas); c) exhibirse en absoluta desnudez “a la vista de personas de distinto sexo, o de modo que se ofenda el pudor en calle, plaza, camino, paseo o cualquiera lugar concurrido, castigado con arresto de ocho a treinta días; d) publicar o distribuir papeles

que contuvieran obscenidades, o fueran contrarios a las buenas costumbres, que si eran impresos acarrearán multa de trescientos pesos y prisión por un año, y si eran manuscritos la tercera parte de la pena; e) exponer en público, vender, prestar o regalar pinturas, estampas o figuras deshonestas, con multas de hasta doscientos pesos y arresto de quince días a tres meses. Pero aclara que “no se entiende por estampa, pintura ni manufacturas deshonestas, y ofensivas a la moral pública, las que representan las figuras al natural, si no expresan lúbricos o deshonestos”; f) abstenerse de recoger o destruir dichos elementos los funcionarios y empleados públicos a quienes correspondiera, “pero si el libro, folleto o papel impreso o manuscrito solamente contuviere obscenidades en alguna parte, se suprimirá está, y quedará expedito el resto de la obra. (Peñas, 2006, p. 262)

El código penal siguiente de 1890 (vigente hasta 1938), fue promulgado en el período de la Regeneración, una época caracterizada por la cercanía Estado-Iglesia. En el título VII sobre delitos contra la moral pública se incluía el de las palabras, acciones, escritos y pinturas y otras manufacturas obscenas, en una redacción idéntica a la del código anterior<sup>33</sup>. Para Julio González Zapata (2007):

En el Código Penal de 1890 se hace imposible, en materias sexuales, hacer una distinción entre moral y derecho porque parte de una insoluble confusión entre delito y pecado. La moral cristiana que la inspiraba proclamaba un profundo repudio por el sexo no reproductivo, por los placeres “inútiles” y “estériles”. Se confunde pecado y vicio. Una moral, obviamente,

---

<sup>33</sup> Los que públicamente profieren palabras obscenas, o contaren o recitaren canciones torpes, sufrirán un arresto de cuatro a treinta días. 426. Los que ejecuten acciones deshonestas delante de otros, serán castigados con prisión por ocho días a dos meses- Si la acción consistiere en signos o señales manifiestamente torpes, hechos con las manos o con cualquier otra clase de objetos, la pena se reducirá a la mitad. 417. Los que cometieren los delitos expresados en los artículos anteriores, en teatro, mercado, cualquier otro lugar de concurso, sufrirán dobles las penas señaladas en dichos artículos. 418. Los que se presentaren en estado de desnudes o tan mal cubiertos que se ofenda el pudor, ante personas de otro sexo, en lugares públicos, como teatros, calles plazas, paseos, camino y otros semejantes, sin algún motivo suficientemente justificado, sufrirán arresto por cuatro a treinta días. 420. El que diere a luz, publicare o a sabiendas, introdujere o expendiere alguno o algunos, libros, folletos cuadernos o cualquier otra clase de escritos que contengan obscenidades, o sean en cualquier otra manera contrarios a las buenas costumbre, sufrirá prisión por dos meses a un años y pagará una multa de cincuenta a trescientos pesos.- Si el libro, folleto cuaderno o escrito fuere manuscrito, la pena se reducirá a la tercera parte. 421. Los que fabriquen, introduzcan, a sabiendas, expongan, regalen, o de cualquier otro modo distribuyan pinturas, estampas o figuras deshonestas, o que sean a propósito para ofender el pudor y las buenas costumbres; o manufacturas de cualquier clase y naturaleza que tengan el mismo inconveniente, sufrirán un arresto de quince días a tres meses, y pagarán una multa de treinta a doscientos pesos.- No se reputan estampas, pintas ni manufacturas, deshonestas, ni contrarias a la moralidad y el pudor, las que representen las figuras al natural, si están destinados al estudio de ciertos ramos de la medicina; pero la policía debe tomar las precauciones del caso para impedir inconvenientes; y en todo caso es prohibida la exposición en público de tales figuras, estampas o manufacturas, bajo las penas señaladas en el anterior inciso 422. Los empleados públicos que sabiendo que existen los expresados libros, folletos, cuadernos escritos, pinturas, estampas, figuras o manufacturas, y siendo competentes para hacer la averiguación correspondiente, no cumplieren con ese deber, serán removidos de sus destinos y pagarán una multa de diez a cien pesos. 423. Los libros estampas y demás objetos obscenos a que se refiere este Capítulo, serán secuestrados y destruidos por las autoridades.

llena de miedos inclusive ante las meras imágenes del cuerpo humano desnudo. (p.p. 61 y 62)

Luego vendría el Código Penal de 1936 (vigente entre 1938 y 1981), expedido durante la Revolución en Marcha de Alfonso López Pumarejo. En el título VII, se consagraron los delitos contra la moralidad pública, la realización de actos públicos que ofendan el pudor; la elaboración y tráfico de escritos, dibujos, imágenes y otros u objetos obscenos y la ejecución en lugar público de exhibiciones obscenas<sup>34</sup>. Para González (2007):

El Código de 1936 habrá que decir que en materia sexual, no logró desatar los lazos de la moral cristiana con el Estado. De hecho se conservó un título denominado delitos contra **la moral pública**, en el cual se sigue manifestando el mismo temor a las imágenes, escritos y aun al cuerpo humano desnudo. (p.63)

El Decreto 2055 de 1970 referente a al Comité de Clasificación de Películas, en el artículo 6º establecía: “Solo podrá ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología”.

En el Código de 1980 (vigente entre 1981 hasta 2001), que se empieza a discutir en los sesenta, cuando nuestro país recibe la influencia de Mayo del 68 y los movimientos libertarios, desapareció el título de delitos contra la moral pública y se despenalizó las relaciones homosexuales. En la comisión de 1974, se seguía contemplando la obscenidad en el título VI de la Pornografía<sup>35</sup> en el capítulo de delitos contra la disponibilidad y el pudor sexuales, al respecto señaló Lizandro Martínez Zúñiga, como expositor de este delito en la comisión de la reforma:

Es innegable la relación de la pornografía con el tema sexual; personalmente estimo que debe seguirse castigando como delito, así como soy partidario de traslado a contravención de los hechos obscenos en lugar público introducido en los Decretos 1118 de 1970<sup>36</sup> y 522 de 1971... Quiero poner de presente eso sí, que este anteproyecto trata de huir del criticable extremismo, de la drasticidad excesiva, del puritanismo hipócrita que en veces aparece en nuestra legislación sobre el aspecto sexual, pero sin caer en el cinismo, ni en la amplitud que se iguale con la permisión del libertinaje, o del abuso de la persona humana o de su

---

<sup>34</sup> Artículo 248: “El que elabore o fabrique, importe para la venta o reproduzca escritos, dibujos, imágenes u objetos obscenos, haciéndolos circular o distribuir, o presentándolos en exposiciones o espectáculos incurrirá en arresto de dos meses a un año y en multa de cincuenta a mil pesos. El juez ordenará la destrucción de estos elementos”

<sup>35</sup> Artículo 15. Publicaciones obscenas. El que elabore o fabrique, importe para la venta o reproduzca, escritos dibujos, imágenes u objetos obscenos, haciéndolos circular o distribuir o presentándolos en exposiciones o espectáculos, incurrirá en arrestos de dos meses a un año y en multa de cincuenta a mil peso. El Juez ordenará la destrucción de estos elementos, quedó aprobado como “el que elabore, reproduzca, haga circular, o suministre cualquier título, escritos, dibujos, imágenes u objetos obscenos, incurrirá. Artículo 16. La disposición anterior no comprende los escritos, imágenes, dibujos u objetos destinados a fines exclusivamente científicos, educativos o artísticos y desprovistos de toda intención lúbrica. (71)

<sup>36</sup> ARTÍCULO 47. El que en sitio público o abierto al público ejecute hecho obsceno, incurrirá en arresto de uno a seis meses. Derogado por el Decreto 522 de 1971.

ARTÍCULO 44. El que en sitio público o abierto al público ejecute hecho obsceno, incurrirá en arresto de uno a seis meses.

inexperiencia. Parte de la base de la diferencia innegable en estas cuestiones entre el campo del delito y el del pecado, pero tiene de presente las ideas morales fundamentales de nuestro pueblo eminentemente cristiano. (Actas: 53 y 54)

Finalmente en la comisión de 1978 dice el jurista Estrada Vélez:

El proyecto primitivo contempla un capítulo sobre pornografía. Salvo mejor opinión, me parece que no debe ser tenido en cuenta en el nuevo Código Penal porque se trata de materia a controlar por el Derecho Administrativo. (Actas: 565)

Lo cual fue aprobado por unanimidad. Con esto desapareció la obscenidad sin mayor debate, de los códigos penales.

De este pequeño recorrido de la obscenidad en Colombia se observa que los orígenes de la prohibición de obscenidad artística en Colombia se encuentra en el traslado de la legislación española a nuestros territorios, que evidencia la falta de separación entre religión y el derecho, pecado y delito; de un lado con la censura inquisidora en la Colonia a la que siguió la implementación de la codificación penal, que copia en lo referente con los delitos contra la moralidad lo relacionado con la obscenidad y la representación obscena en las artes y que se mantendrá hasta su supresión en la legislación de los años 80's. Esta consagración incluye una gran cantidad de manifestaciones que van desde señales con las manos, pasando por publicaciones e incluso "canciones torpes"; la legislación habla de lo obsceno sin que se concrete su significado, por lo que habría sido labor de los jueces hacer las precisiones sin que tengamos información al respecto. Se hace la salvedad frente a la representación natural del cuerpo como parte de este contenido, lo que permite inferir que el concepto al igual que en el caso norteamericano se asocia lo obsceno a lo sexual, y se observa la necesidad de diferenciar la "figura al natural", de la obscenidad.

Con la desaparición de la obscenidad del Código Penal, desaparece la principal limitación de lo obsceno en el arte, pero en otros ámbitos permanecerán algunas limitaciones, en especial con la reglamentación de los nuevos medios de comunicación, a lo que nos referiremos en el aparte dedicado a los años ochenta y los noventa.

Retomando, se puede decir que la preocupación del derecho, por la obscenidad responde a la necesidad política por limitar el acceso de información principalmente de contenido sexual, a capas de la población que antes de la masificación del libro no tenía acceso a la misma, un peligro que en primer lugar se observa frente al ingreso de este tipo de material proveniente principalmente de Francia. El surgimiento de esta necesidad específica surge en primer lugar en Inglaterra, donde el victorianismo permite una separación entre lo sexual y lo blasfemo, el recurso usado en este país para integrar esta prohibición es el common law, esto habla de una función mítica que tiene la referencia a las costumbres y es propio de ese sistema de derecho; la misma técnica se usaría en Norteamérica, quien la copia. Estas primeras condenas tendrán el inconveniente de referirse a un concepto demasiado vago para permitir una efectiva aplicación, lo que dará como respuesta los test de obscenidad. En Colombia, se implementó el modelo Español de lucha contra la obscenidad que adopta el sistema de censura católica de la iglesia, luego de la independencia se copia la previsión del Código Penal Español, que intenta discriminar entre la obscenidad y la representación del cuerpo

en otras áreas como la medicina y el arte, sin embargo el que en el modelo Español no se lograra concretar el concepto a la manera de test, pudo haber evitado que esta normatividad tuviese la efectividad que tuvo en el sistema angloamericano, finalmente en los años 60 en Colombia, influenciados por las revoluciones sexuales se abandona esta previsión sin mayores debates, y bajo la confianza que el derecho administrativo contravencional, se encargaría del tema.

Se observa también que a los inicios de los juicios por obscenidad, le antecede el nacimiento de grupos promoralidad en Estados Unidos e Inglaterra, a los que los Estados incluso por algún tiempo encargan la función de censura a las artes, posteriormente esta misión quedaría en mano de los jueces, lo cual no significó el fin para estas instituciones que siguen existiendo y juegan un importante rol en los juicios, principalmente por ser las promotoras de muchos de estos.

## 2. LOS TEST DE OBSCENIDAD

La estrategia del derecho angloamericano para enfrentar judicialmente la ambigüedad de lo obscenidad ha sido a través de test. Los test de balance o ponderación (*balancing test*), junto con la jerarquización de derechos, son métodos propiamente constitucionales para solucionar el conflicto entre derechos, sin embargo, los test de obscenidad no son test de ponderación. Los test de obscenidad se usan, no para solucionar un conflicto de derechos, toda vez que ya se tiene establecido que la expresión obscena o no está protegida ó carece de un valor frente a otros derechos; estos test se dirigen a establecer criterios para determinar si el material bajo análisis es o no obsceno, diferencian lo obsceno de lo no obsceno, y por ello si el material en concreto es de aquellos que por ser obsceno no merece mayor protección. Además de pretender solucionar el problema de establecer si un específico material es o no obsceno, en el caso norteamericano operan como criterio para limitar la aplicación de leyes antiobscenidad, desde esta perspectiva se convierte en parámetros constitucionales de leyes que impliquen la obscenidad; en el caso de Inglaterra, el test de obscenidad es usado por otras leyes, para definir nuevos delitos (Como se observa específicamente en el aparte sobre pornografía no fotográfica del último capítulo). Sin embargo, se puede reconocer que en la configuración de algunos de estos test, implícitamente se podría estar sopesando valores e intereses, específicamente en los test que incluyen el criterio del valor artístico, se intenta balancear el “valor artístico” con el interés del Estado por conservar la moral pública.

Los test en derecho encierran la pretensión de alcanzar una solución que no es autoevidente a través de un proceso racional que lleve a la mejor respuesta en justicia, los test, y en especial el de obscenidad expresa la predilección de ciertos criterios sobre otros para llegar a esa decisión y en la medida que estos criterios se pongan en duda o que el significado de los mismos no resulte claro para llegar a una decisión que no se muestre arbitraria, el test habrá fracasado. En materia de libertad artística resultan importantes porque serán aplicados a obras que reclaman ser artísticas y pueda que el reconocimiento como artísticas por parte del derecho, las exima de la categoría de obscenidad, de esta forma se convierten en concreciones de la libertad artística. Se dirigen entonces estos test de obscenidad a una labor imposible: definir lo obsceno, y en la medida que un criterio de exclusión de lo obsceno sea lo artístico, garantizan que alguna forma de arte se redima de esta categoría, por esto se consideran en esta tesis como concreciones de la libertad artística, o un protoderecho de libertad artística.

Analizaremos históricamente la evolución de estos test, a partir de la aplicación que se hace de los mismos en casos relacionados con arte. Como este es un método

propriadamente angloamericano para lo obsceno, no se hará referencia en este aparte a Colombia.

### 3.1 El test Hicklin (*Regina vs. Hicklin*)

El primer test, con gran influencia también en los Estados Unidos sería conocido como el test Hicklin y tendría nacimiento en Inglaterra.

El libro que originó el juicio fue *El confesionario desenmascarado: muestrario de la perversión de la curia romana, la iniquidad del confesionario y las preguntas que se le hacen a las mujeres en confesión*. Un texto de principios del siglo XIX que se encargaba de distribuir la Unión del Electorado Protestante, un grupo cuya misión era “protestar contra aquellos que enseñan y practican lo que es anti-Ingles, inmoral, y blasfemo, para mantener el Protestantismo de la Biblia y la libertad de Inglaterra y promover el retorno al Parlamento de hombres que puedan asistir este objetivo, y particularmente poner en evidencia y rechazar la maquinación de Jesucristo, y resistir la ganancia de dinero que pretenden los Romanos”. En orden a alcanzar estos objetivos Henry Scott portaba copias del panfleto y lo vendía sin casi ninguna ganancia. Una actividad de la que no se podría sospechar maldad alguna, sin embargo una queja llegó a un magistrado para que se realizara el secuestro de los ejemplares, la decisión fue apelada por Scott y el a quo Benjamin Hicklin consideró que: “si bien *El confesionario Desenmascarado* contenía pasajes obscenos, no violaba la ley porque no había sido publicado para corromper a la juventud sino para atacar las prácticas católicas, propósito inocente –agregaba- si no loable” (Loth, 1969, p.193). La Corona apeló, y la causa al haber sido sentenciada por un juez de alzada paso a llamarse de la corona contra Hicklin (*Regina v Hicklin, L.R. 2 Q.B. 360 (1868)*).

En el veredicto del juez Cockburn, consagraría su célebre test: “*comprobar si el efecto del material acusado de obsceno, es el de pervertir y corromper aquellas mentes que están abiertas a tan inmorales influencias, y en cuyas manos pueden caer una publicación de este tipo*”<sup>37</sup>. Se trata de la consagración de la expuesta posición de Pinard en Madame Bovary, de que fuera pasada por alto la intensidad del autor y traería al derecho ingles a la persona joven:

Aunque yo convenga por completo en el pensamiento de que el motivo de las partes que publicaron esta obra, no importa cuán equivocadas estuviesen, fuera un motivo honesto, yo no obstante puedo suponer sino que ellas tenían aquella intención que constituye la criminalidad del acto, y en todo caso, ellas sabían perfectamente bien que esta obra debía tener ese efecto que, de acuerdo con la ley, hace que una publicación sea considerada

---

<sup>37</sup> I think the test of obscenity is this, whether the tendency of the matter charged as obscenity is to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences, and into whose hands a publication of this sort may fall.

obscena, es decir, la tendencia a corromper la mente y la moral de aquellos en cuyas manos puede caer. (Kendrick, 1995, p.165)

El problema jurídico de esta sentencia fue: “¿Están los magistrados privados de jurisdicción para destruir una obra obscena, cuando el objeto real del apelante en la distribución no era causar un daño sino un bien?”. La respuesta no parecía clara, toda vez que ya era un principio del derecho Ingles reconocido que “*actus non facit reum nisi mens sit rea*” (los actos no hacen culpable si la mente no ha sido juzgada), y se reconocía como una visión católica la asumida en el *index expurgatorius*, en que la mera obscenidad sin referencia al objeto es procesable; aún así la Cámara de los Lores da un giro y deja la intencionalidad del autor de lado para fijarse en las consecuencias en estas personas susceptibles, a quienes Kendrick (1995) llama la persona joven .

En la exposición, también se señala el peligro que significa el que estos textos se distribuyan en la calle, de nuevo evidenciando el prejuicio de clase:

Esta obra, como dije, es vendida en las esquinas de las calles, y cae en todas direcciones, y por supuesto cae en las manos de personas de todas las clases, jóvenes y viejas, y todas las mentes, siendo las puras expuestas al daño de contaminación y polución en la impureza de sus contenidos.

Esta última declaración dará lugar a que en las sentencias siguientes también se consideren circunstancias como la facilidad con que es distribuido, las personas que tiene acceso a este etc., y sobre todo con esta sentencia, “la Persona Joven ya no sólo estaba en el aire sino también en los libros de leyes” (Kendrick, 1995, p.167). El juez Cockburn no solo establecería una fórmula ambigua que en nada responde a un test, sino que incluso traería por primera vez a los estrados ingleses a la persona joven. Ese ser imaginario que aparece cuando el consenso sobre los valores deja de ser tan unánime, y que no abandonaría tan fácilmente los tribunales, pues si bien lo obsceno es algo que se produce en la mente, sus efectos serán considerados como públicos, y debían discutirse en el foro público de los juicios. (Kendrick, 1995, p.168)

Cockburn también juzgó en 1877 a Charles Bradlaugh y Annie Besant, quienes reeditaron un folleto norteamericano proanticoncepción titulado “*Los frutos de la filosofía*” siendo condenados bajo su test (Loth, 1969, p.195), juicio que no analizaremos por no ser una obra literaria.

En 1895 se condenó en Inglaterra a Oscar Wilde, por el delito de la enmendada Ley Criminal que establecía: “que una persona de sexo masculino solicitara o cometiera cualquier acto de flagrante indecencia con otras personas de sexo masculino...” (Kendrick, 1995, p.227). Esto significa que no se censuraron sus obras, como estamos viendo la libertad artística en el arte obsceno, este caso tampoco entra en nuestro tema de estudio, sin embargo se debe decir que el juicio contra Wilde se basó no absoluta pero si principalmente en sus obras; esto tiene que ver con otra clase de juicios que no es nuestro tema, pero que es igual de interesante aunque más difícil de seguir, se trata de la condena a la persona del artista con base en su producción, aquí sin embargo nos

ocupamos de lo contrario, esto es la condenación al arte, aunque muchas veces se use como argumento en contra o a favor la biografía del artista como veremos en test posteriores, y aunque finalmente se condene en la parte resolutive también a los personas, pero esta vez no por ellas mismas, sino por participación en la creación o difusión de la obra. Oscar Wilde fue un representante de un movimiento en las artes que tendrá repercusión en los juicios del arte por obscenidad, el esteticismo, entendido como “el arte por arte”, surgiría en Europa en parte producto de la reproducción técnica del arte, diría Wilde en el prefacio a *El retrato de Dorian Gray*: “No existe aquello que llaman un libro moral o inmoral. Los libros están bien o mal escritos...” (Kendrick, 1995, 226).

La furia en los tribunales bajo el cargo de obscenidad del arte, se levantaría en Inglaterra por una obra francesa, lo que demuestra el terror a la literatura francesa y la expansión internacional que esta venía teniendo, se trató de *La tierra* de Zola que el editor Vizetelly había traducido a lengua inglesa y que incluso había expurgado él mismo para evitar susceptibilidades, pero esa tranquilidad no se logro en la Asociación Nacional de Vigilancia que había sido creada en 1886 para reemplazar a la Sociedad para la Supresión del Vicio en Inglaterra. El pasaje más obsceno para esta Asociación se encontraba en la descripción de cómo una niña campesina lleva su vaca para que sea preñada por un toro; como resultado Vizetelly fue multado, posteriormente sería acusado nuevamente por la traducción de otras obras de Zola y una versión de *Madame Bovary* traducida por Eleanor Marx Aveling, esta vez arruinado y sin juventud se declararía culpable por consejo de su abogado (Kendrick, 1995, p.p. 217 y 218), no obstante estas obras circulaban libremente en Inglaterra en su lengua original y las versiones de Vizetelly se encontraban “expurgadas”. Estos hechos fueron rápidamente olvidados y Zola sería bien recibido en Inglaterra unos años después de la muerte de Vizetelly.

En la sentencia se recoge:

“Es cierto que en nuestra literatura, especialmente en la de doscientos o trescientos años atrás, existían pasajes que podrían entrar en conflicto con lo que se considera apto para la circulación, pero esta fue un cuestión enteramente diferente, y una vez que hemos lidiado con el caso “The Queen v. Hicklin”, donde la sugerencia fue rechazar lo no excusable... Si fuera algo de objeción esto podría no ser aplicable al mismo grado para un libro lujurioso como el que tenemos en las manos. No se trata de uno, dos o tres pasajes que hayan sido escogidos, pero ellos (la sociedad) tienen veintiún pasajes; tomados de diferentes partes del libro en cuestión, algunos de ellos pasajes largos, que se extienden por varias páginas. No habría reparo si se tratar de un libro escrito con el sano propósito de enseñar, o con el sano propósito de divertir, pero este libro es lujurioso de principio al fin. El (juez), no creía que fuera alguna vez recogida entre las tapas de un libro tan bestial obscenidad como fuera encontrado en los pasajes de este libro, y luego de haber leído los pasajes que él había dicho estaban justificados. No hubo un pasaje que contuviera algún genio literario o la expresión de algún pensamiento elevado. No había una sola escena descrita que pudiera ser señalada como exenta de sugerencias viciosas o expresiones obscenas”. (Así recoge la edición de la National Vigilance Association lo sucedido en el juicio).

Es decir que se trató del análisis de pasajes separados y se considera que no contiene valor literario que lo salve.

Hasta aquí como señala Kendrick (1995) parece que existía en los juzgadores la postura de que el arte debe fungir como alimento espiritual para el alma (p.222), mientras el artista parece sentirse incomprendido por el público.

En Estado Unidos seguiría una etapa que comienza con la decisión de la Corte Suprema de Nueva York, debido a la consulta que elevara el liquidador de la editorial Worthington Book Publishing Company en 1894, frente a unos títulos que se encontraban en la editorial y que La Sociedad para la Supresión del Vicio había objetado (*Las mil y una noches, el arte de amar de Ovidio, El Decamerón de Bocaccio, El heptamerón de Margaret de Navarra, Gargantúa y Pantagruel, Tom Jomes, las Confesiones de Rousseau y Cuentos de los Arabes y Alladin*). La Corte diría que estas obras no generan peligro toda vez que se trata de clásicos de la literatura, y utilizaría por primera vez que el término pornografía en los tribunales (Kendrick, 1995, p.p.228 y 229), en una definición en que esta categoría no contempla a los clásicos.

Para Peter Wright se trata de una decisión que anticipa la decisión del caso Ulises de 1934, y deja claro que los días del test Hicklin estaban contados:

El Juez O'Brien sin reserva desechó el juicio de Comstock. Su sentencia establece: "Es muy difícil ver más allá de la teoría sobre estos renombrados clásicos puedan ser vistos como especímenes de literatura pornográfica... Las palabras bajo consideración han largamente sostenido una categoría suprema en literatura y sería absurdo llamarlas ahora faltos o sucios. Una búsqueda luego de las partes sexuales o degradantes de una narrativa, podría encontrar en todas estas palabras, como en otros grandes autores, alguna cosa que satisfaga su lascivia. Pero condenar una obra de literatura estándar por unos pocos episodios, podría llevar a la exclusión de circulación una gran proporción de obras de ficción de los más famosos escritores de la lengua inglesa" y añade que las obras en cuestión no pueden ser compradas o apreciadas por la clase de persona para quienes una publicación debe ser retenida y las personas jóvenes no pueden ser corrompidas ya que los libros no son de fácil acceso para ellos. (p.p. 654 y 655)

En 1896, Lew Rosen (*Rosen v United States, 161 U.S. 29 (1896)*), editor del periódico ilustrado llamado Broadway, para su número especial llamado "Edición Filete", seleccionó unas fotos de mujeres "en posiciones indecentes" (Kendrick, 1995, p.230), que aparecían tras frotar unas viñetas oscuras. Sentenciado en las instancias inferiores, el juez John M. Harlan confirmó la condena tras analizar tres distintos cargos. El primero, la decisión consciente de omitir en la acusación una descripción detallada de las imágenes objeto de rechazo, lo que para el apelante violaba las garantías constitucionales de defensa y de esta manera no poder conocer en su totalidad lo que sucede en la deliberación del gran jurado, a lo cual la Corte trae a colación una sentencia de Inglaterra (*Bradlaugh v Queen*) y sentencias de distintas altas Cortes de los Estados que justifican la omisión de una descripción exhaustiva, debido a que el material podría ser ofensivo e impropio de ser difundida en los registros de la Corte. Este es un punto interesante que tiene que ver sobre cómo tratar lo obsceno sin contaminarse de obscenidad; ya lo habían experimentado los estudiosos desde una perspectiva científica

de temas como la prostitución, para lo cual escribían largas justificaciones (al respecto ver Kendrick, 1995, pp. 52 y ss.).

El segundo cargo, se refiere a la manifestación por parte del editor de desconocer lo que se encontraba tras las viñetas oscuras y que dicho material además fuera obsceno, ante lo cual se señala la responsabilidad que como editor tiene Lew Rosen, y se aclara que el carácter de la publicación no depende de la opinión de la persona que asume la responsabilidad por ponerla en el correo, ya que todas las personas que usen el correo en Norteamérica tienen noticia desde su edad de conciencia sobre el significado de la decencia y castidad y sobre lo obsceno y lascivo. Finalmente ante la influencia que podría generar en el gran jurado las referencias de la Corte a la obscenidad del mismo, se señaló que la Corte puede ilustrar al gran jurado sobre el caso, diciendo como en este caso que el “el test de obscenidad consiste en la confirmación de que el material puede depravar y corromper la moral de aquellas mentes que están abiertas a esta influencia y en la mano de quienes esta puede caer”, es decir informado sobre el test Hicklin. Finalmente la defensa alegó que el envío había sido producto de una treta lo cual era cierto pero en nada impidió la condena. De esta posición se apartaron los jueces White y Shiras, quienes señalaron que la doctrina inglesa consagrada en *Regina v. Bradlaugh* era contraria a la de las Cortes Americanas, que señalan que si bien puede resultar innecesario describir el material obsceno en toda su extensión en los registros, es necesario describir el carácter repulsivo que se analiza.

Luego se pronunciaría la Suprema Corte sobre la edición del 21 de septiembre de 1894 del periódico Courier en Burlington Kansas, que utilizaba un lenguaje algo salaz para referirse a un político local (Kendrick, 1995, p.230). Dan K. Swearingen editor del periódico fue exonerado por no contener nada “de tendencia salaz, lasciva y obscena, cuyo propósito fuese el de corromper y pervertir la mente y la moral de aquellos en cuyas manos cayese” (Kendrick, 1995, p.230), es decir por no ser obsceno según el test Hicklin. La sentencia fue redactada por el Juez Shiras y cuatro jueces la desaprobaban sin que escribieran notas de disenso. El juez Shiras encontró infundado el cargo de obscenidad, interpretando que las palabras “obsceno, lujurioso y lascivo” del Acta Comstock, describían una misma ofensa, es decir que estas palabras debían ser leídas en conjunto como descripción del material ofensivo, también señaló que estas palabras “significan una forma de inmoralidad que se relaciona con la impureza sexual, y tienen el mismo significado que es dado en el common law para la persecución del libelo obsceno. Aunque el lenguaje de la editorial era excesivamente vulgar no era obsceno en el sentido que fuera calculado para corromper la mente y moral de aquellos en cuyas manos callera. (Mackey, 2002, p.29). De esta manera se va identificando cada vez lo obsceno con lo sexual.

Todas estas decisiones aplicaban con algunos inconvenientes el test de Hicklin inglés, principalmente porque como muestra la redacción del mismo no se trata de ningún test, en realidad es una fórmula vacía ya que la supuesta tendencia a corromper nunca ha podido ser demostrada y las palabras obsceno o lascivo seguían siendo ambiguas. El test venía socavándose en especial cuando se ponía a prueba frente a

grandes obras de la literatura y comenzó a evidenciarse que la supuesta protección a las personas susceptibles era innecesaria debido a que estas personas difícilmente tenían contacto con estos, mientras que su prohibición iba en desmedro de la alta cultura.

Una sentencia que entraría a socavar profundamente el test Hicklin sería los Estados Unidos vs. Kennerley (*United States vs. Kennerley 721 F2d 1252*), un editor procesado por enviar por correo copias de la novela *Hagar Revelly* de Carson Goodman (Kendrick, 1995, p.p. 230 y 231). Esta sentencia fue celebre porque el juez Leander Hand sugirió:

No me parece que responda a la comprensión y a la moralidad del momento actual... (que ya no era necesario) reducir nuestro tratamiento del sexo al nivel de los libros para niños”, dijo que la propia sociedad se oponía a limitar la literatura a la que “quizá sea necesario para los más débiles de sus integrantes. Y entonces propuso su definición de que la palabra “obsceno” se utilice para indicar el actual punto crítico en la conciliación entre la franqueza y el pudor a que pueda haber llegado la comunidad aquí y ahora”, lo que permite flexibilidad frente a los criterios locales (Loth, 1969, p.p. 32 y 33).

Sin embargo al considerar que él era un juez inferior no le correspondía sustituir el test de Hicklin por lo que tuvo que condenar a Kennerley a regañadientes, la sentencia fue apelada y se absolvió al acusado bajo el mismo test de Hicklin al encontrar que el texto no era capaz de corromper (Loth, 1969, p.235).

El juez Andrews (1917) se haría celebre por la “Doctrina del libro en su totalidad” (Kendrick, 1995, p.234) cuando se juzgó a un dependiente de un librería neoyorquina, Raymond D. Halsey por vender un ejemplar de la novela *Mademoiselle* de Maupin de Gautier a John S. Sumer. Luego de ser absuelto, el dependiente demandó a la Sociedad contra el Vicio por daños y perjuicios y de manera sorprendente para la época logro una indemnización. Una situación que se explica en parte por un relajamiento de las costumbres producto de la industrialización y la guerra que vivía Estados Unidos. (Loth, 1969, p.239)

En 1919, Brainard presidente de la editorial Harper & Brothers sería procesado por contener en catálogo, el libro anónimo *Madeleine: Autobiografía de una prostituta*, se trataría más una treta política, toda vez que Charlest Brainard era también secretario de un jurado que investigaba la corrupción del alcalde John F. Hylan de Nueva York, en la apelación se absolvió a Brainard considerando que “nadie puede leer este libro y decir verdaderamente que contiene una sola palabra o ilustración que tienda a excitar el deseo sensual o lascivo” (Loth, 1969, p.p. 242 y 243).

En Inglaterra sería prohibido *El Pozo de la Soledad* de Radclyffe Hall, que trataba de alguna forma el tema del lesbianismo (Kendrick, 1995, pp. 237 y 238).

Según Barendt (2009), el daño que este test asociaba con la obscenidad, consistía en la sugestión de pensamientos impuros en la persona joven u otra persona vulnerable susceptible de leer este, cualquier merito literario era totalmente irrelevante, por lo que muchas grandes obras fueron susceptible de persecución. Pero la mayor

debilidad del test estuvo en que el estándar de aceptabilidad se hiciera con referencia a los niños, generando el riesgo de que bajo la idea de protección de los menores se determinara lo que los adultos podían leer (p. 370). Otra debilidad del test es que se basaba en apartes específicos, sin referencia a la totalidad de la obra.

### **3.2 El test Ulises (*United States v One book Entitled Ulysses*)**

La decisión más importante que pondría a Norteamérica a la cabeza de la libertad artística fue de la Corte de New York, el 6 de diciembre de 1933 en donde exonera *El Ulises* de Joyce (*United States vs One book Entitled Ulysses* 72 F.2d.705 (1934) ) (Kendrick, 1995, pp. 238 y ss). El test traería de vuelta la intensión del autor al discurso sobre el arte obsceno y en este se dejó de hablar de obscenidad para hablar de pornografía. Comienza el juez Woolsey preguntándose por la intensión del autor, algo que ya había sido abandonado con el test Hicklin, para luego confesar haber leído el libro, e interpretar que se trata de la aplicación de Joyce de una nueva técnica donde lo más profundo de los personajes debe ser presentado, este intento sincero por realizar dicha técnica lleva a que incidentalmente se tengan que usar ciertas palabras consideradas sucias, luego la intensión del autor no fue pornográfica en el sentido de ser escrito con el propósito de explotar la obscenidad; de esta manera se le atribuye al autor la intensión de querer mostrar a la clase media baja de la Inglaterra del momento, así como en el juicio a *Madame Bovary* se le había atribuido la intención desconocida para el autor de mostrar los peligros de una educación provincial. Esta sentencia inaugura la labor de jueces que intentan comprender la obra sumergiéndose en la lectura y de ella intentan rescatar la intencionalidad del autor, una intencionalidad que por supuesto construye el derecho.

Considera el juez que lo obsceno ha sido jurisprudencialmente definido en una lista de casos, como “lo tendiente a estimular los impulsos sexuales o llevar a una sexualidad impura y pensamientos lujuriosos”. La Corte debe testear si un libro tiende a excitar estos impulsos de la persona con impulsos sexuales normales o medios (*l'homme moyen sensuel*), es decir que se abandona el parámetro de la persona susceptible por el hombre medio, que de otro lado es el paradigma del derecho en muchos aspectos como la responsabilidad civil. Para comprobar esto de manera objetiva, el Juez recurre a dos asesores literarios que desconocen la finalidad con que el juez les hace la consulta de si *El Ulises* tomado en su totalidad, es obsceno en el sentido legal del término. La conclusión es que el libro no es obsceno. Es un camino medio entre la irrupción de los expertos que se daría posteriormente y el juez “literato” que se sumerge en la lectura del texto juzgado sin importar cuán complejo sea este.

El test Ulises abrirá la puerta para la aparición de los expertos, en 1928 “*Una tragedia americana*” del autor Dreiser fue denunciada y el editor Donald Friede de la casa editorial Boni and Liveringh defendió la obra en Boston, junto con la indignación de

los profesores de Harvard que la tenían como lectura obligaría, siendo finalmente multado el editor (*Comonwealth v Fiede*) (Loth, 1969, p.248). En 1933 en el caso contra la editorial The Viking Press por la publicación de *El pequeño acre de Dios* de Eskine Calwell, se convocó a un sin número de expertos (Kendrick, 1995, p.253).

En 1938 el editor de la revista Life se presentaría a los estrados luego que fueran arrestados dos vendedores que distribuían el número 11 de abril de la revista, que contenía el artículo "*El nacimiento de un bebe*" e incluía fotografías (Kendrick, 1995, p.252).

El efecto de estas sentencias según Kendrick (1995) es que la opinión sobre el "valor literario" quedó en mano de los expertos, los críticos, los reseñistas y los artistas (p.254). El punto culmen de la intervención de los expertos se dará sin duda en la controversia Mappertorphe que analizaremos más adelante. Tenemos entonces toda una revolución de 180°, el test Ulises es prácticamente la antítesis del test Hicklin, en lo único en que no se diferencian es que no incluye al igual que el primer test, el criterio artístico como relevante, sin embargo sí toma en cuenta la intencionalidad del autor, en donde es posible hacer algunas consideraciones particulares por tratarse de una obra artística, pero siempre con referencia a la subjetividad del artista, dentro de una intencionalidad que el derecho construye. Esta sentencia, en parte por el test mismo, también inaugura un entendimiento diferente del rol de los jueces en los juicios contra el arte, la del juez ilustrado, que considera necesario comprender la obra en toda su extensión para extraer de ella la intencionalidad, esto se debe al cambio que significó el análisis de apartes específicos de la consideración de la obra en su totalidad, en este camino también se empieza a considerar necesario el acudir a los expertos. Finalmente el otro gran cambio fue el del parámetro escogido, de la persona joven o la persona vulnerable al hombre de impulsos sexuales normales, existe una gran diferencia en estos estándares aunque en efecto este sea al igual que la persona joven, un ser mítico.

A pesar de los cambios, el test sigue respondiendo a la racionalidad del test Hicklin, que es la de llegar a la concreción del significado de obscenidad a través de unos criterios, que son una persona como parámetro frente a una objeto analizado bajo unos criterios, y derivar el efecto del objeto en la persona, lo que supone un lector pasivo que absorbe un contenido.

### **3.3 El test del Acta de Publicaciones Obscenas de 1959 en Inglaterra.**

En 1959 se publicaría en Inglaterra el Acta de Publicaciones Obscenas (OPA) que establecía:

El libro se presume obsceno es su efecto (...) si tomado como un todo, tiende a depravar o corromper las personas que tiene acceso a este, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, de leer (...) o estar en contacto (...) con este". En la sección 2 señala que "sujeto a lo posteriormente probado, cualquier persona que, ya sea por ganancia o no, publica un artículo obsceno puede ser procesada bajo la convicción de ciertos delitos". La remisión a lo posteriormente probado se refiere a la Sección 4 del Acta que establece que el libro es obsceno bajo lo señalado en la Sección 1 teniendo en cuenta que: "Una persona no puede ser acusada de una ofensa bajo la Sección 1 si está probado que la publicación o el artículo en cuestión está justificado por el bien público en un área de interés de la ciencia, literatura, artes, o aprendizaje, o en otros objetivos de interés general. De esta manera en los juicios por obscenidad se tendrá primero que determinar si el libro es obsceno bajo el significado jurídico del término, y de ser así en segundo lugar si entra dentro de lo establecido en la Sección 4. Si la defensa es exitosa demostrando el bien público, la obra de arte es exonerada.

Se observa en la legislación el esfuerzo por desligar lo obsceno de lo científico y esta vez incluso de lo artístico y literario, es decir desligarlo de lo que es alta cultura, o sopesándolo. Esta forma de diferenciar lo obsceno de lo artístico, revela como ya se había expresado citando a Danton (2003), cómo el derecho comienza a considerar una zona a la que le es posible lo que no está concedido a otras, es decir aquello que por su concepción de alta cultura no debería tener límites.

El caso más importante en la historia de los juicios contra la literatura en Inglaterra, se daría contra la editorial Penguin Books Limited de Inglaterra (*Regina v Penguin Books Ltd (1961) Crim LR 176*) procesada por publicar por primera vez en Inglaterra el libro *El Amante de Lady Chatterley*, escrito por D.H Lawrence en 1928. Este fue el segundo caso juzgado bajo esta nueva legislación, el primero fue sobre un directorio de prostitución llamado *The Ladies Directory* que por no tratarse de un caso sobre libertad artística, omitiremos.

Las obras de Lawrence ya habían sufrido persecución bajo el anterior Acta de Publicaciones Obscenas, en Marzo 13 de 1915, ciento once copias de la obra *El Arcoiris* (*The Rainbow*) fueron destruidas bajo el Acta de Lord Campbell de 1857. *El Amante de Lady Chatterley* recibió vehementes críticas antagónicas, pero como solo unas pocas copias lograron filtrar las barreras arancelarias, la hostilidad quedó confinada al mundo del debate literario. Distinto sucedió con la poesía de Lawrence, en enero de 1929, la Oficina Postal Inglesa incautó el manuscrito de su antología *Pensamientos* (*Pansies*) y al poco tiempo después, la introducción de su volumen de pinturas. No hubo lugar a persecución cuando, el editor Martin Secker, cumpliendo con la recomendación del Director de Persecución Pública omitió catorce de los poemas. En julio del mismo año, un folio de Blake que estaba supuestamente entre las obras incautadas en una redada policial a la exhibición de las pinturas de Lawrence en la Galería Warren, y en Agosto, trece de estos fueron objeto de la aplicación de una orden de destrucción de la policía. Ante una Corte de magistrados, la defensa prometió cerrar la exhibición, fueron multados con cinco guineas y el caso fue archivado (Kearns, 1998, p.p. 525 y 526).

La lectura del juicio al libro *El Amante de Lady Chatterley*, parece una reminiscencia al juicio de Madame Bovary. De un lado el abogado de los solicitantes Mr. Griffith Jones, inicia resumiendo el contenido del libro, que según él no se trata más que de una repetición de encuentros sexuales descritos en detalle, que se diferencian según el espacio donde tienen lugar. Luego pretende iniciar con apartes en específicos, pero la defensa objeta esta posibilidad debido a que el Acta habla del libro en su totalidad y el jurado aún no había leído la obra. Continúa uno de los abogados de la defensa, Mr. Gerald Gardiner, quien inicia con la pregunta sobre, ¿si conocen algún país civilizado donde un libro inexpurgado, como el que es objeto de este juicio no pueda ser vendido, excepto el de Lawrence en los países del commonwealt? Pregunta inmediatamente objetada considerando que lo que sucede en otros países no es de importancia en el caso; todos los test de obscenidad evitan su comparación con otros países, e incluso a nivel de Cortes internacionales con doctrinas como la del margen de apreciación del TEDH (ver capítulo tercero de la primera parte) que privilegia la concepción moral local se observa esta misma tendencia, lo que sin duda ha hecho que los artistas, y la obra de arte como objeto de amplio tránsito internacional reciba tratamientos muy diferentes de un país a otro, aun en países sujetos a la misma jurisdicción internacional. La defensa comienza, luego de la interrupción, a hablar de la editorial, para mostrar cómo resulta improbable que esta haya publicado un libro como el que el solicitante intenta mostrar. Penguin Books Limited editores se muestra entonces como una editorial cuyo fundador tuvo como primera intención llevar buenos libros a bajo costo, hasta hacerla una editorial lo suficientemente famosa como para que se le prestara toda la atención a este caso. Es decir que pasamos de ver las intenciones del autor a considerar incluso la de la editorial. Posteriormente comienza a explicar las dificultades por las que ha corrido el libro; Penguin había ya publicado cuatro libros de D.H Lawrence, y sin duda se trataba de un escritor muy conocido, este libro no fue publicado estando vivo el autor debido a la legislación de treinta años atrás y no se pensó en publicar una edición expurgada del libro, porque Penguin nunca publica libros mutilados. Antes del Acta, para el abogado defensor habían tres defectos en la legislación: El primero era que se podían recoger pasaje particulares de un libro; segundo, el parámetro era la persona joven, en tercer lugar no había distinciones entre pornografía y literatura. Estos errores se supondrían enmendados con la nueva Acta, cuya intención estaba en hacer más fácil la persecución a la pornografía real y en segundo lugar proveer protección a la literatura. (Rolph, 1961, p.27). De otra parte, señala que un libro no puede ser obsceno únicamente por tratar sobre relaciones extramaritales, en este punto comienza el abogado a inferir la posición del autor:

El autor deja claro en el libro, teniendo en mente ciertas cosas de nuestra sociedad- diciendo, que nuestra sociedad en los años 20's, los años de la depresión- que el desaprueba. No le gusta la revolución industrial. El fue un anti intelectual. Pensaba que prestábamos mucha atención a la mente y no al cuerpo, y que los males de nuestra sociedad no serian curados con acciones políticas, el remedio estaría en la restauración de nuestras verdaderas relaciones entre humanos, y particularmente las uniones entre hombre y mujer. Una de las grandes cosas de la vida, pensaba, era las relaciones entre hombres y mujeres

enamorados, y su unión física forma una parte esencial en un relación, esto era algo normal y debía ser discutido abierta y francamente. (Rolph, 1961, p.30)

El día siguiente sería el turno de los expertos. Un experto en la obra de Lawrence diría, que el autor hace un audaz experimento, está tratando de estudiar la situación sexual mucho más claramente y más abiertamente de lo que es usualmente tratada en la ficción, para lograr esto debe describir lo que pretende representar, en total declaran treinta y cinco expertos.

Según Kearns, el juez Byrne J en su recapitulación, trató la novela como prosa ordinaria y no un trabajo de ficción e imaginación. No tuvo en cuenta a los testigos expertos que basaban sus argumentos en el mérito artístico y la oblicua relación con la realidad. El triunfo de la obra se logró luego de que se llamara la atención sobre la relevancia de la libertad de expresión. Lo que no habría sido posible bajo la vigencia del Acta de derechos Humanos de 1998 que entró a regir en el 2000. Según este autor:

La novela se encontró con un juez antagónico. En su resumen, estaba en control del jurado que se basó en la opinión de los expertos, una aproximación que desconoce la racionalidad del estatuto que permite llamarlos. La postura del juez Byrne hacia *El Amante de Lady Chatterley*, fue el de un orgullo no especialista y el deseo de que el jurado se aproximara al texto con una mentalidad similar, ignorante acerca de los elementos académicos apreciados como el propósito del escrito. Quería que el jurado reaccionara en su estado normal (presumiblemente porque no estaba informado sobre arte); quería que la obra fuera puesta por fuera de su apropiado contexto artístico, quería que el jurado evitara las valoraciones sofisticadas de los críticos cercanos a una obra que él percibía como causa innoble. El sentido tras esta postura fue considerada por muchos como perfectamente legítima y profesional aunque antipática al arte: el rol de juez es proteger la totalidad de la sociedad y la sociedad no es sinónimo del mundo del arte; el "hombre de la calle", cuando se expone al libro en una librería o en una biblioteca, no tendrá los beneficios de expertos para iluminarlo sobre el verdadero propósito de los pasajes obscenos. Sin embargo no es tan cierto que el trato adverso de juez Byrne al problema del mérito literario estuviera más allá de la cuestión de justicia que debía hacerse. El primer día, el juez Byrne recapituló el juicio (fue el primero de noviembre de 1960), y no fue controvertido. El juez dijo al jurado que ellos estaban ejercitando sus mentes no sobre una cuestión de gusto sino sobre estándares morales: la cuestión era si la novela era inmoral no si les gustaba. También opinó que el sentido de moralidad es fundamental para el bienestar de una comunidad y debe prevalecer sobre el deseo de la auto-expresión. Aunque la moralidad carezca de definición, se puede devolver la pregunta de cómo se puede conocer en avanzada lo que es peligroso, pero el juez Byrne revirtió en contra de esta abstracta consideración. También habló de que el jurado debía leer la novela "desapasionadamente" (aun cuando la ontología del arte requiere una reacción emocional, así como una dimensión puramente lógica o cerebral). También dijo de los críticos llamados a declarar: "nadie, por un momento cuestionó su honestidad". Sus implicaciones en su honestidad es su única virtud. Tampoco mostró interés en los detalles de la novela, diciendo por ejemplo, "vivía con su marido en este lugar lúgubre de Wrabhy, creo que se llamaba". Extrañamente mostró mejor memoria para la integridad de las descripciones de los encuentros sexuales, que puede explicarse por que el objeto del juicio fue la obscenidad, por lo que requería mayor atención. El juez Byrne explicó la defensa del "bien público" al jurado: si el jurado considera que se trata de un libro obsceno, deben considerar, dijo: "tiene la

defensa que establecer la probabilidad que los meritos del libro son tan altos que sobrepase la obscenidad, entonces, ¿Es esta publicación para el bien público?”. En derecho la defensa tiene únicamente que establecer que en el balance de probabilidad su caso es más fuerte. El uso judicial de “muy alto” es engañoso pues sugiere que el merito tiene que superar considerablemente la obscenidad mientras que solo tiene que superarla. Aunque el juez Byrne reconoció que todo los testigos suscribieron el hecho de que el libro era de merito literario y que Lawrence fue uno de los grandes autores del siglo veinte, afirmó que el jurado debía considerar el libro por si mismo más que en una relación comparativa con otros libros. En el curso de determinación de la calidad de obsceno, habría sido oportuno comparar el texto en cuestión con libros de un género similar con el fin de decidir el umbral de condena.

El segundo día el juez Byrne recapituló el juicio. Aquí el juez sostuvo que el estricto concepto legal de matrimonio difiere del concepto de matrimonio en la literatura creativa, que tiende a ser menos rígida. Por ejemplo la obra de Virgilio, “La Eneida”, en el libro cuarto “del matrimonio” de Dido y Eneas se produce de forma espontánea cuando están cazando en las montañas. También enfatizó que la promiscuidad y el adulterio son los primeros factores jurídicos, mientras que la obscenidad y el mérito debían ser los más importantes. El juez estaba claramente en contra del realismo artístico: no aprobó que Lawrence usara las palabras como un guarda bosques las usaría, también consideró incorrectamente, que el lenguaje sucio podría ser redimido únicamente si su propósito era científico antes que artístico. En respuesta al testimonio de Dame Rebecca, señaló: “Esa es su visión, por lo que ese es su valor”. Fue similarmente despectivo con la noción de que el sexo podría ser emocionante tanto como cariñoso, y dudaba de que los pasajes sexuales fueran tratados como bases santas, y que la unión de una pareja en un sentido no legal pudiera tener importancia sagrada. Uno podía ser excusado de pensar que se trataba de un juicio por blasfemia. Pese a los esfuerzos de erística del Juez Byrne, el veredicto fue: no culpable. Lo que significó un triunfo para el arte y la derrota de la literalidad: el jurado apreció el orden artístico de *El Amante de Lady Chatterley*, despreció la actitud literal del juez de sacar los pasaje ofensivos de su contexto artístico apropiado; para el especialista en obscenidad, es frustrante el que nunca sabrá los detalles precisos del veredicto: ¿fue el libro simplemente no obsceno o obsceno pero justificado? Pero esta es una omisión menos trascendental que la victoria legal de Lawrence” (Kearns, 1998: 527 y 528)

Este fue el segundo y último test de Inglaterra, y se usa en la actualidad por lo que será el test aplicado en los siguientes casos de ese país en que se vuelva sobre lo obsceno en el arte. El que este test fuera puesto a prueba con una obra reconocida como de alta cultura muestra cómo a pesar de haber querido superar las falencias del test Hicklin, el nuevo test no garantizaba la inmunidad que se pretendía para a la alta literatura por lo altamente incierto que pueden ser estos casos, y cómo el concepto de obscenidad sigue siendo problemático para la libertad artística.

Este test es el primero en considerar el merito artístico, a través de la implementación del criterio del bien público u objetivo de interés general, como exclusión del cargo de obscenidad. La implementación de este criterio se hizo con la división del test en dos momentos; en el primero, se establece si el objeto es obsceno teniendo en cuenta el efecto que la obra en su totalidad tiene sobre la persona que tiene acceso al material, algunos han interpretado que se trata de un parámetro distinto al de la persona de impulsos sexuales normales, esta diferencia es interpretada en la actualidad como más

garantista que el modelo del hombre medio, ya que existe material que se dirige a ciertos grupos de personas en específico, por ejemplo la comunidad BDSM (Bondage, Domination, Sado-masochism. Esclavitud, Dominación, Sado-masochismo), y que por ir dirigidos a este público en específico su efecto sería distinto que en el hombre de impulsos sexuales normales. Luego de esta primera comprobación se pasaría a revisar la excepcionalidad que tendría la obra debido a su mérito artístico, se trata de una ponderación en la que como señalaba Kearns, es suficiente con que el mérito sobrepase el efecto, así sea mínimamente.

### **3.4 El test Roth (*Roth v United States*)**

La primera gran batalla constitucional y la llegada del término hard-core a los estrados se debe al fiscal J. Lee Rankin (Kendrick, 1995, p.p.255 y ss) en los casos: Estados Unidos vs. Roth (*Roth v United States*, 354 U.S. 476 (1957)) y *Alberts vs California*. Samuel Roth tenía un prontuario amplio en condenas por obscenidad y era celebre por vulnerar los derechos de autor de Joyce. Llegaría a la Suprema Corte en 1957, por enviar utilizando el correo, la publicación *Buenos momentos* una revista con contenido y fotografías sexuales y el libro *El afrodita Americano*; en el mismo juicio se juzgaría también a David Albert que tenía un negocio llamado "Mercado de Mercancía Masculina" (Kendrick, 1995, p.260). En estos dos casos que la Corte agrupa en una misma sentencia se solicita por primera vez a la Suprema Corte que se pronuncie no solo sobre el material en cuestión, sino sobre la constitucionalidad de la ley misma (cita 22 Kendrick, 1995). Frente a Roth se solicitaba considerar el Estatuto Federal sobre Obscenidad que atentaría contra la previsión de la Primera Enmienda según la cual "El Congreso no puede hacer leyes para coartar la libertad de expresión y de prensa", y en caso de Albert el artículo del Código Penal de California de 1955, que penalizaba la venta o promoción de material "obsceno e indecente" de nuevo frente a lo establecido en la Primera Enmienda. Las defensas también sugieren otras cuestiones constitucionales como si el estatuto viola el debido proceso por la vaguedad que soporta la convicción del crimen, entre otras materias.

La primera pregunta que asume el juez, es si la obscenidad está protegida bajo la primera o la cuarta enmienda, pregunta fundamental en materia de libertad artística en el arte obsceno, respondiendo que a la luz de la historia constitucional, la Corte ha asumido siempre que la obscenidad no está protegida por la libertad de expresión y prensa, ya que la Primera Enmienda no se dirige a proteger cualquier tipo de expresión; así por ejemplo, la Primera Enmienda no impidió que la difamación fuera considerada por los tribunales como por fuera de protección. En tiempo de la adopción de la Primera Enmienda (dice la Corte), las leyes antiobscenidad no estaban totalmente desarrolladas como las leyes antidifamación, pero existe suficiente evidencia contemporánea para mostrar que la obscenidad también estaba por fuera de la protección. La Primera Enmienda no se dirige a proteger cualquier tipo de expresión, la protección al lenguaje y la prensa tiene el fin de asegurar un intercambio sin restricciones a las ideas que promuevan cambios en la política y la sociedad deseados por las personas, es decir una fundamentación de la libertad de expresión al estilo del argumento milliano y de la democracia para la libertad de expresión, que se observó en el segundo capítulo de la primera parte de este trabajo de grado. Este fue un objetivo hecho explícitamente en 1774 en la Carta del Congreso Continental para los habitantes de Quebec:

“El último derecho que se debe mencionar es la libertad de prensa. La importancia de este consiste, más allá del avance de la verdad, ciencia, moral y artes en general, en la difusión de sentimientos liberales en la administración del Gobierno, una verdadera comunicación de pensamientos entre los sujetos, y la consecuencial promoción de la unión entre ellos, sin la autoridad oficial avergüence o intimide la honorable y justa manera de conducir sus negocios” (Periódico del Congreso Continental 108 (1774)).

Todas las ideas tienen una importancia social y tienen protección, salvo las que invaden el área limitada por otros intereses más importantes. Pero la historia implícita de la Primera Enmienda ha rechazado la obscenidad como una expresión que carece de importancia social. Esto se expresa en las leyes de los diferentes Estados y en la sentencia *Chaplinsky v New Hampshire* que señala: “Existen ciertas bien definidas y pocas clases de expresión que están delimitadas y que nunca han significado un problema constitucional. Estas incluyen lo lascivo y obsceno... Se tiene bien observado que estas expresiones no son parte esencial en la exposición de ideas, y no tienen valor social o beneficio que sea compensado por el interés social en el orden y moralidad”. Sin embargo, los casos que venimos citando muestran como en realidad si existe una problematización de la exclusión de la obscenidad, al punto que se han tenido que cambiar los test.

El segundo cargo, se dirige hacia cómo el estatuto antiobscenidad ofende las garantías constitucionales toda vez que pune el material que provoque pensamientos sexuales impuros y no a la conducta antisocial a que estos pensamientos puedan llevar, este es un tema fundamental porque hasta el momento no se ha podido comprobar que exista relación entre la exposición a este tipo de material y la actuación criminal o inmoral de la persona expuesta al material, de este modo el derecho estaría juzgando pensamientos y no acciones, lo que es pilar fundamental del derecho penal liberal.

En el caso de *Albert* en instancia inferior se había utilizado el test de la sentencia *People v Wepplo*, sobre el material “que tiene una sustancial tendencia a depravar y corromper a los lectores o incitar pensamientos lascivos que lleven a lujuriosos deseos”, esto llevó según la Corte, a que no se estableciera el verdadero daño social. La Corte de nuevo utilizando lo dicho para la expresión difamatoria cita a *Beuhranais v Illinois*: “Las expresiones difamatorias no están dentro del área constitucionalmente protegida, y es innecesario, incluso para la Corte Estatal, considerar los problemas que encierra la frase “claro y presente daño”. Ciertamente nadie afirmaría que el lenguaje obsceno por ejemplo, pueda punirse solo si se demuestran estas circunstancias.”

Sin embargo el juez considera importante aclarar que sexo y obscenidad no son sinónimos. El material obsceno es aquel que trata el sexo de una manera que apela a un interés lascivo. La representación del sexo en arte, literatura y trabajos científicos, no es en sí misma suficiente razón para negar la protección de la libertad de expresión y prensa. El sexo es un gran y misterioso motivo de fuerza en la vida humana y es una uno de los problemas de interés público, es decir, se observa como el tema de la sexualidad que venía adquiriendo relevancia científica con Freud, se desliga para el juez de lo obsceno, es decir que lo obsceno se aparta del tratamiento científico de lo sexual.

En este punto, la Corte empieza a hacer una retrospectiva de los estándares asumidos, así el más temprano estándar se basó en el efecto de pasajes particulares en una persona particularmente susceptible (*Regina v Hicklin*), que algunas Cortes norteamericanas adoptaron, pero luego se pasó al siguiente test: “cuanto la persona normal, aplicando estándares contemporáneos de la comunidad, el tema dominante tomado como un todo apele a un interés lujurioso”, del test consagrado en el juicio a *El Ulises* de Joyce. Este test ofrece para la Corte suficientes salvaguardas para hacer frente al cargo de inconstitucionalidad.

El siguiente cargo se relaciona con la violación al debido proceso debido a que lo obsceno no es suficientemente preciso y puede no significar lo mismo para todas las personas, en diferentes lugares y tiempos, este de nuevo es un tema interesante porque quizás la principal dificultad de lo obsceno es su falta de precisión. El tribunal reconoce que el término obsceno no es preciso, sin embargo la Corte tiene dicho que los vacíos de precisión no atentan en sí mismos contra el debido proceso, se pide que en este quede suficientemente definida la conducta que se prohíbe según los estándares y prácticas comunes.

Finalmente la punición del envío por correo de material obsceno ha sido reconocido como un ejercicio propio del poder delegado al Congreso, lo cual está de acuerdo con la tradición norteamericana de considerar el correo como ligado a la nación, por lo que ya habíamos visto cómo las primeras leyes antiobscenidad, habían surgido en la reglamentación de este.

Según Kendrick, la sentencia daría lugar al nuevo test: “El material obsceno es el material que se refiere al sexo de una manera que suscita un interés lascivo, y el test de la obscenidad consiste en comprobar, siguiendo los criterios actuales de la comunidad, si el tema dominante del material en cuestión apele al interés lascivo de la persona promedio” (Kendrick, 1995, p.p.261 y 262). En esta sentencia so pretexto de retomar el test Ulises, se insta un nuevo test, en primer lugar el test Ulises no hacía la diferencia entre la aproximación a lo sexual de manera científica u artista y el acercamiento con un interés lujurioso, tampoco incluía el criterio del estándar contemporáneo de la comunidad.

En 1966 se levantaría la prohibición contra la famosa *Memorias de una mujer de placer* de John Cleland (*A Book Named “John Cleland’s Memoirs of a Woman of Pleasure” v Attorney General of Massachusetts 283 U.S. 413*), quien conservaba su veto pese a que para la época ya se habían publicado libros más reprochables (Kendrick: 271). La sentencia del juez Brennan inicia señalando que en este caso se juzga al libro y no al distribuidor o la editorial, es interesante esta precisión porque hasta el momento se juzgó la persona, ya sea el escritor, el editor, el vendedor, ahora se juzga un objeto, un libro. Según el capítulo 272 de las Leyes Generales de Massachusetts, para que un libro sea declarado obsceno se requiere que la petición se dirija directamente hacia el libro y que el proceso se publicite en un diario para que la ciudadanía pueda participar. Como editores y con derechos sobre el libro, participó la G.P Putnam’s Sons. Cuando llega a la Suprema Corte Estatal se cuenta como evidencia con el libro y la escucha de los

testimonios de expertos y comentarios al libro. El Tribunal declaró el libro obsceno. La Suprema Corte de Massachusetts, se pregunta si el libro es obsceno aplicando el test Roth que establece: “cuando quiera que una persona común, aplicando estándares comunitarios comunes, el tema principal del material tomado como un todo apela a un interés lujurioso”.

Bajo esta definición existen tres elementos que deben considerarse: a) el tema dominante del materia tomado como un todo apela a un interés lujurioso en lo sexual; b) el material es patentemente ofensivo porque ofende estándares de la comunidad contemporánea, relativos con la descripción o representación de temas sexuales y c) el material no tiene absoluto valor social que lo redima.

Para la Corte, la instancia anterior falló al aplicar el test al darle un significado equivocado al requisito c.). La Corte inferior señaló que si bien el libro podría tener algún valor literario esto no se equiparaba a importancia social, “Nosotros no interpretamos la “importancia social” del test en el sentido de que un libro que apela a un interés lujurioso y es patentemente ofensivo deba carecer de cualquier valor para que sea obsceno”.

Aclara la Suprema Corte que estos tres requisitos deben aplicarse de manera independiente, el valor social de un libro no puede ser sopesado en relación a su interés lascivo o su patente ofensa. De esto no se sigue necesariamente, que la determinación de que el libro es obsceno en el sentido constitucional es impropia en todas las circunstancias. Bajo la premisa de que no hemos tenido oportunidad de revisar, que *Memorias* apela a la lujuria y es patentemente ofensiva, pero que tiene un mínimo valor social, las circunstancias de producción, venta, podrían justificar la conclusión de que el libro carece de absoluta importancia social alguna. Esto no indica que el test se haya relajado o se haya dispensado del requisito de falta de absoluto valor social, sino que, como fuera elaborado en *Ginzburg v United States*, donde el proveedor solo enfatiza en el provocativo aspecto de la publicación, una Corte puede aceptar esta evaluación de cara al valor. Pero en este caso se miró la obscenidad del libro en abstracto y la declaración nunca se ayudó de circunstancias específicas de producción, venta o publicidad.

Todos los posibles usos del libro deben ser considerados, y el hecho que pueda ser usado por algunos para un perverso tratamiento de la sexualidad no altera el hecho que el libro pueda tener algún valor en las manos de quienes lo publican o distribuyen.

El Juez Douglas, consideró que la Corte debía decidir el caso con base al “valor literario”. La decisión se debería revertir porque la Primera Enmienda no permite la censura a la expresión al abrigo de acciones ilegales. Aun aplicando el test Roth es claro que *Fanny Hill* (o *Memoirs*), no es obsceno. El fiscal no hizo esfuerzos para demostrar la absoluta carencia de valor social mientras que la defensa introdujo numerosos testimonios sobre la importancia literaria, histórica y social del libro. Dice este juez: “Nosotros somos jueces, no expertos literarios o historiadores o filósofos. Nosotros no somos competentes para rendir un juicio independiente sobre el valor de este u otro libro, excepto en nuestra capacidad como ciudadanos privados.” Más aún dice: “para mi es

inexplicable como un libro que cuenta con un valor social puede ser prohibido según la manera en que esté publicitado o vendido. Cualquiera sea la cubierta, o el tipo de promoción, el contenido es el mismo”.

Pero este juez va mucho más allá, coloca en duda el fundamento de la obscenidad. La extensión según la cual la obscenidad era un crimen del common law no es clara. Se acepta generalmente que el primer reporte de un caso que envolvía una conducta obscena es *The King v. Sir Charles Sedley*. La publicación obscena era al principio un tema exclusivo de las Cortes eclesiásticas, no era ofensa hasta 1721. Un caso posterior envolvió la publicación de un “obsceno e impío libelo” (una mala parodia del libro de Pope “Ensayo del hombre” por un miembro de la Casa de los Comunes). En la base de estos casos, no podemos decir que las doctrinas del common law que hablan de la obscenidad fueran más que inciertas. Es decir 245 años luego la sentencia contra Charles Sedley, alguien se da cuenta que la aparición de la obscenidad no tenía mayor fundamento.

En este caso el abogado Rembar, que ya había defendido obras como *Lady Chatterley* y *Tropico de Cancer*, propuso “el test del valor social; esto quiero decir que yo entendía la palabra “importancia” en el sentido de “valor”. La palabra “importancia”, sin embargo, tiene significados que no siempre son sinónimos de “valor” y que impondrían un criterio más exigente. No es difícil demostrar que algo tiene “algún valor”, pero demostrar que tiene “alguna importancia” puede ser muy distinto” (Kendrick: 272)

Memorias si bien parece aplicar el test Roth, inaugura un concepto que podría equipararse a un nuevo test, se trata de el valor social atenuante, la diferencia fue evidencia en el juicio que daría lugar al test Miller, cuando el Juez señaló: “Si bien Roth supuso que la “obscenidad” significa “carente de toda importancia social atenuante”, Memorias determinó que para probar la obscenidad debía demostrarse expresamente que el material era “carente de todo valor social atenuante”. Por consiguiente, si bien se repitió el lenguaje de Roth, la mayoría relativa de *Memoirs* elaboró una prueba profundamente distinta que exigía a la parte actora probar algo negativo, es decir, que el material era “carente de todo valor social atenuante”, lo cual constituye una carga prácticamente imposible de demostrar de conformidad con nuestros estándares sobre la prueba”.

### **3.5 El test Miller (*United States v Miller*)**

Se trató del juicio a un vendedor de “material para adultos” que envía un folleto bastante ilustrativo, sin ser requerido, promocionando “Contacto sexual” [*Intercourse*], “Hombre-Mujer” [*Man-Woman*], “Imágenes de orgías sexuales” [*Sex Orgies Illustrated*] e “Historia de la pornografía a través de imágenes” [*An Illustrated History of Pornography*], así como una película llamada “Sexo conyugal” [*Marital Intercourse*], a un restaurante en California (*United States v Miller*, 307 U.S. 174 (1939)). Se considera entonces si se trata

de una violación del Código Penal de Arizona que establecía: "311.2 Enviar o ingresar al Estado, con fines de venta o distribución, imprimir, exhibir, distribuir o poseer dentro del Estado: (a) Toda persona que, a sabiendas: envíe o introduzca, por sí o por medio de terceros, al Estado, con fines de venta o distribución, o que en este Estado prepare, publique, imprima, exhiba, distribuya u ofrezca la distribución, o tenga en su poder con la intención de distribuir, exhibir u ofrecer para su distribución cualquier material obsceno, incurrirá en contravención... 311. Definiciones. "En este capítulo: "(a) 'Obsceno' significa que, una persona común, al aplicar los estándares comunitarios vigentes, concluirá que el material, considerado en su totalidad, atrae principalmente un interés lascivo, es decir, un interés impúdico o morboso en la desnudez, el sexo o las excreciones, que exceda ampliamente los límites tradicionales de pudor en la descripción o representación de estas cuestiones y que se trata de un material carente de toda importancia social atenuante. (b) 'Material' significa cualquier libro, revista, periódico u otro material impreso o escrito, o cualquier imagen, dibujo, fotografía, película u otra representación".

Luego de observar la imposibilidad de aplicar el test de Memorias, se propone el siguiente: Las pautas básicas para el órgano juzgador deben ser: (a) "si una persona común, al aplicar los estándares comunitarios vigentes" concluiría que la obra, considerada en su totalidad, atrae un interés lascivo, (b) si la obra representa o describe, de un modo manifiestamente ofensivo, una conducta sexual definida expresamente por la ley del Estado aplicable; y (c) si la obra, en general, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio. No adoptamos como estándar constitucional la prueba que consiste en determinar si un material es "carente de todo valor social atenuante" consagrada en *Memoirs v. Massachusetts*; dicho concepto nunca obtuvo la adhesión de más de tres jueces simultáneamente.

En esta sentencia la defensa alega que va en contra de la Primera Enmienda la aplicación de estándares Estatales y no nacionales. Para la Corte, la Primera Enmienda no exige a los jurados tener en cuenta estándares nacionales para decidir si el material es obsceno, debe entonces interpretarse la previsión de Roth de "estándares comunitarios" en el sentido de estándares de la comunidad y no estándares nacionales. Esto muestra la gran variedad de posiciones que se expresan inclusive hoy en día frente al sexo en los Estados Unidos a lo largo de territorio.

Se retoma la consideración de que la libertad de expresión debe servir al intercambio de ideas en el que el aporte de la obscenidad es nulo, llegándose incluso a afirmar: "No hay pruebas empíricas ni históricas de que la rigurosa censura aplicada en el siglo XIX en los Estados Unidos a la distribución y exhibición pública de material de contenido sexual, haya limitado o afectado en modo alguno la expresión de ideas literarias, artísticas, policías o científicas serias..."

El voto disidente el juez Douglas da en el punto, frente a un problema de la limitaciones por obscenidad; nuestras constituciones no establecen pautas para darle un tratamiento distinto a la obscenidad, en la actualidad son los jueces los que aplicar unos estándares que ellos mismos crean, y que son absolutamente bajos por la naturaleza del tema para determinar la obscenidad; no es posible saber antes de un juicio con seguridad si algo es obsceno o no, y sin embargo estas materia bajas se dejan al derecho penal, entonces se encarcela "a un editor a partir de una nueva prueba formulada en una nueva norma que ha sido improvisada por los Tribunales después de la publicación". En segundo lugar, considera nefasta la idea de que se puede prohibir un

medio de expresión porque resulta ofensivo para alguien: “La creencia de que la Primera Enmienda permite castigar ideas que resultan "ofensivas" para un determinado juez o jurado de turno resulta sobrecogedora. No se ha concebido hasta el momento un control más amplio de la expresión o la literatura. Asignar este poder al censor, como lo hemos hecho hoy, equivale a efectuar un quiebre profundo y radical con las tradiciones de una sociedad libre. La Primera Enmienda no se concibió como un vehículo para sosegar a la población. Su principal función es mantener un debate abierto tanto a personas "ofensivas" como a personas "decorosas". Históricamente, la tendencia ha sido someter al individuo y exaltar el poder del gobierno. El uso del estándar "ofensivo" supone asignar un poder al gobierno que atenta contra la esencia misma de la Primera Enmienda. Como se sugiere en la opinión de la Corte, es posible que el material que analizamos sea efectivamente despreciable. Pero también lo es la mayor parte de lo que se dice durante las campañas políticas, en la prensa cotidiana, la televisión o la radio. Gracias a la Primera Enmienda —y solo por mérito de esta— los oradores y editores no han sido amenazados ni sometidos porque sus pensamientos e ideas resulten "ofensivos" para algunas personas.”

La solución que da el juez Douglas, es que el límite de la obscenidad sea producto de una reforma constitucional en que las población puede establecer bajo cuáles estándares debe ser juzgada, es una posición que en el fondo confía que la población misma decida que lo mejor es no censurar.

En 1973, se discutiría un asunto que en consideración de Amy Adler, va colocando al descubierto el trato diferencial que da la Primera Enmienda a la obra de imagen frente a la escritura (*Kaplan v California 419 U.S. 915*). El acusado fue el propietario de una tienda de material adulto en la ciudad de Los Ángeles, por vender a un policía encubierto, el libro *Suite 69*, que describe diferentes encuentros sexuales, sin usar imagen alguna. El problema jurídico que se plantea en este caso, es si las expresiones en palabras pueden ser consideradas legalmente obscenas en el sentido de no estar protegidas por la Primera Enmienda. Para el juez Burger, debido al profundo compromiso con la protección de la comunicación de ideas, cualquier restricción sobre la expresión por medio de la palabra impresa o en el habla, origina una respuesta emocional, diferente a lo que sucede con las imágenes obscenas que originan una respuesta evidente, por esto el libro tiene un lugar preferente en la jerarquía de valores, pero esta generalización, está dada por el contenido del libro, así como las pinturas, los filmes, dibujos y las palabras impresas están protegidas por la Primera Enmienda, mientras no sean obscenas, caso en el cual no están protegidas por la Constitución. También se señala que la defensa puede recurrir a expertos, pero como en este caso, también puede prescindir de los mismos, cuando cuente con evidencia suficiente. Finalmente la Corte encuentra que la decisión de condenar, bajo el estatuto de California, satisface los requisitos del test Miller.

Para Amy Adler, esta precisión del juez Burger frente a la palabra impresa, refleja cierta profunda e inexpresada asociación entre lo que significa la Primera Enmienda y la distinción entre texto e imagen. En primer lugar, el juez Burger asume como básica la concepción del lugar jerárquico que tiene en la Primera Enmienda, el lenguaje; en contraste con la conducta no protegida. En segundo lugar, asume el peligro que encierra

prohibir la expresión en la interferencia para comunicar ideas, lo cual no sorprende porque la metáfora más común para proteger la expresión es “el mercado de ideas”. Pero lo que más sorprende a esta autora, es la dicotomía texto/imagen y expresión/conducta, que asume la asociación entre texto e ideas y en virtud del mercado de las ideas, la asociación entre texto y expresión, en contraste, se asocia imagen con conducta y cuerpo que llevan a la no expresión (Adler, 2012: 46). En efecto como se puede ver en el siguiente capítulo, donde los mayores debates se dan frente a la imagen, pareciera que con contadas excepciones, la preocupación jurídica por la obscenidad se hubiera enfocado exclusivamente en la imagen, luego de lo que significaron las grandes victorias del Amante de Lady Chatterley en Inglaterra y el test Miller en Norteamérica, así por ejemplo la lucha de la pornografía infantil es una lucha frente a la imagen; la persecución judicial a la obra escrita, es mal vista y solo permanece frente a países que ya sea por su tradición religiosa principalmente musulmana, o por su situación antidemocrática todavía el autor puede ser censurado. La censura literaria subsiste en Alemania, en específico frente a la difamación en obras de ficción, lo que ha sido explicado debido a la fuerte protección que tiene la privacidad por encima de la libertad artística, en ese país. (ver Revista Arcadia artículo de Hernán Caro)

En 1987 en *Pope vs. Illinois* (*Pope v. Illinois* 481 U.S. 497), producto de la persecución bajo obscenidad, dos vendedores de una librería para adultos son procesados por la venta de una revista bajo el estatuto de obscenidad de Illinois. Se discutió si el jurado debería estar instruido sobre aplicación de estándares comunitarios para decidir si la obra tenía valor literario, estético, político o científico. El juez consideró, que en este caso la Corte expandió la idea de Miller al señalar que: “Así como las ideas una obra representativa no necesitan obtener aprobación mayoritaria para merecer protección, tampoco, esta mucho menos comprometida la Primera Enmienda, el valor de una obra varía de comunidad en comunidad con base en el grado de aceptación que la obra tiene ganado. La cuestión no es si un miembro ordinario de una comunidad dada podría encontrar serio valor artístico, literario, político o científico en un material allegado, pero si una razonable persona podría encontrar este valor en el material tomado como un todo”. Es decir que agregó al test Miller, el criterio de la persona razonable para encontrar el valor en el material.

Se trata de una expansión toda vez que aun cuando una minoría de población particular considere que una obra tiene serio valor artístico, la obra aun podría ser protegida.

El criterio del “valor artístico serio” del test Miller, ha sido criticado de manera contundente por Amy Adler (Adler, 1993). La crítica se dirige a que el arte postmoderno, se rebela frente a la pretensión de que el arte debería ser serio, o de que este debería tener algún valor tradicional, de esta manera el test de obscenidad evalúa el arte contemporáneo por la norma misma que el arte busca desafiar. El test Miller protege menos el arte y es más fácil de aplicar que el de Roth y de Memorias que se basaban en la carencia absoluta valor social. Cuando el juez Burger creó el criterio de valor artístico serio, el arte moderno estaba por terminarse, un año antes el crítico Leo Steinberd había usado por primera vez el término “Postmodernismo”, para referirse a un movimiento

artístico que justo surgía cuando se decidía Miller. El postmodernismo en arte, más que un nuevo estilo es una rebelión a los diferentes dictados del Modernismo. El Modernismo inició en los 1860's con Manet y se autodestruyó con el movimiento minimalista de 1960 y principios de 1970, los críticos y artistas postmodernos se rebelaron contra la doctrina formalista del crítico de arte, Clement Greenberg, el mayor teórico del Modernismo. El Modernismo fue articulado por Greenberg, como un movimiento purista que dividía el arte en bueno y malo, pidiendo que el arte bueno fuera puro, autocrítico, original, sincero y serio. El postmodernismo se rebela contra este idealismo modernista, atacando la distinción entre arte bueno y malo, entre lo que es arte alto y cultura popular, entre el mundo santificado del arte y la vida real, rechaza la demanda del arte como serio y también la idea de que el arte debe tener algún valor tradicional, las nociones de originalidad y autenticidad, se remplazan por la sinceridad y el cinismo.

La creencia del test Miller de que el arte no es suficientemente bueno o serio para merecer protección, se basa en la noción moderna en que se puede distinguir arte bueno y malo, y que el valor del arte es objetivamente verificable, quedando anclado en una concepción de arte que corresponde a un periodo particular.

Pero el test Miller no solo resulta un peligro para el arte postmoderno, incluso es un estándar peligrosos para el propio modernismo en el cual tuvo origen. Greenberg, el teórico del Modernismo, en orden a alcanzar su ideal de purismo, ignoró exponentes importantes del Modernismo, como el Dadaísmo, el Surrealismo y el Arte Pop.

Amy Adler se pregunta qué significa el "valor artístico serio", y considera que puede tener tres interpretaciones: 1) la obra de arte tiene una contribución importante y original más que marginal y derivativa; 2) la obra es seria y refleja, la santidad y solemnidad de arte elevado; 3) el artista hizo un aproximación seria y sincera al arte (más que a la obscenidad), sin importar que tan exitosos fue el resultado.

Ninguna de estas interpretaciones puede conciliarse con el arte postmoderno. Una de las características de la Postmodernidad es el rechazo a ser nuevo, original y vanguardista, el postmodernismo es agresivamente derivativo. Como la frase de Harry Kalver que Adler cita: "Es por supuesto improbable que el Ulises sea de nuevo prohibido, pero existe riesgo bajo el nuevo test que un Ulises, de segundo orden al que la Corte no encuentre suficientemente serio, lo sea". Algunos artistas postmodernos reciclan imágenes ya sea del arte elevado o de la baja cultura. Si se entiende que el serio valor significa una obra que hace un aporte significativo más que una contribución marginal, el estándar no protege a los artistas Postmodernos. Para Adler, si el arte derivativo hace alguna contribución importante, consiste en su imposibilidad de hacer importantes contribuciones al arte.

Otra de las características del arte postmoderno y de ciertas formas de arte moderno, es el ataque a la santidad y solemnidad del arte elevado, con artistas como Warhol se liquidó la tensión modernitas entre arte serio y cultura de masas, los artistas rechazan la solemnidad incorporando lo kitsch, el humor, los medios de comunicación, en

sus obras. El arte postmoderno no solo rechaza el estándar de serio valor, sino incluso el uso de cualquier estándar para juzgar el arte.

La última interpretación que se dirige a la intensidad artística más que al juicio sobre la obra de arte, también resulta problemática, el arte postmoderno presiona al espectador a considerar la ausencia del artista, y la presencia de múltiples interpretaciones que tiene lugar cuando la intensidad artística es imposible de conocer.

De esta manera queda al descubierto que el test Miller, envuelve una idea del arte que no se corresponde al arte Postmoderno. ¿Podría algún test representar esta idea de arte?, de ninguna manera, el arte Postmoderno acabó con todos los parámetros que permitían diferenciar el arte de otras formas de expresión, desde esta perspectiva ya no sería posible establecer concesiones para el arte sin trasladarlas a cualquier otra conducta expresiva.

## 4. LAS BATALLAS CULTURALES DEL ARTE OBSCENO EN LOS 80's Y LOS 90's

Estos años han sido llamados los años del “pánico sexual” en los Estados Unidos, en esta época se produjeron las mayores polémicas alrededor de la sexualidad, como los derechos reproductivos de la mujer, la regulación de la pornografía, el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo y por supuesto, la financiación del arte obsceno. La noción de pánico moral fue elaborada por Santley Cohen en 1972 para describir los momentos en que la sociedad crea demonios tradicionales sobre los cuales proyectan variedad de miedos, el pánico explota con gran fuerza y la sociedad es llamada a reaccionar para condenar y punir ciertas personas y creencias, pero gradualmente se vuelve al sentido de la normalidad (Dubin, 1992, p.p. 141 y 142). En parte, este fenómeno en Estados Unidos se explica por la terminación de la guerra fría, luego de lo cual el país puede tener una mirada más autocrítica y los grupos excluidos comienzan a hacer reivindicaciones, además de la insatisfacción general frente a la crisis durante el gobierno Reagan.

Siguiendo a Dubin (1992), hubo una epidemia de controversias artísticas en los años 1980s, donde el sexo es un importante tema en el pánico moral pero debemos recordar que no es el único, también la religión, patriotismo y la raza. De otro lado los artistas han traído al centro de debate desde tiempo atrás, controversias sobre las imágenes “apropiadas” de la sexualidad y la definición y valor de la pornografía.

A diferencia de la literatura donde existen varios estudios que han rastreado los casos relevantes, en las artes plásticas es mucho más difícil encontrar este tipo de análisis, con excepción del libro de Steven Dubin (1992), que se encarga de Estados Unidos desde 1988 hasta finales de los 90, por lo que señalaremos brevemente los casos que él identifica en esta época, por reflejar el mayor momento de revuelta en el arte, para luego sí profundizar en el tema específico de la financiación del arte obsceno en Norteamérica y analizar el último gran escándalo en Inglaterra en los noventa.

En el mundo del arte se vivía en los ochentas una situación contrastante, de un lado algunas obras de arte alcanzaron grandes precios en subasta, pero la mayoría de artistas contaban con muy bajos ingresos. El artista era visto como alguien alejado del ciudadano promedio, y cada vez más artistas se interesan por temas políticos en dos direcciones: de un lado promover la participación de diversidad de grupos con temas como racismo, sexismo y homofobia, y de otro lado, denunciar la falta de acción del gobierno frente al problema del SIDA y dar una visión más humana de la enfermedad (Dubin, 1992, p.p. 24-26).

## 4.1 Estados Unidos

Cuando una controversia sobre religión y Estado emergen en los Estados Unidos, son comunes las editoriales, los lobbys políticos, y las demostraciones en las calles como una forma en que las personas expresan su punto de vista (Dubin, 1992, p. 89), esto sin duda ayuda a que se encuentre mucha más información. El Inglaterra es distinto, realmente ha sido muy difícil localizar información y el acceso a las sentencia ha sido bastante restringido, en el caso Colombiano nos encontramos con falta de análisis del tema, informaciones bastante fragmentarias que un trabajo jurídico como este no puede localizar ni sistematizar, todo lo cual explica esta tesis tenga un no intencional sesgo norteamericano.

Las controversias sobre arte obsceno en Norteamérica desde los sesentas, estarían motivadas por el empoderamiento del movimiento de mujeres y la liberación gay, que estarían inspirados por el movimiento de los derechos civiles. Estos grupos problematizarían los roles y las relaciones sexuales, inspirándose y prestándose estrategias mutuamente, los artistas harán parte de este movimiento poniendo su arte a este servicio o reflejándolo en sus obras, de alguna manera puede ser un problema de género, los artistas cuestionan frecuentemente los roles tradicionales de género y las inequidades de género (Dubin, 1992, p.p. 125 y 126).

De manera superficial, señalemos algunas de las controversias del arte obsceno, para al final detenernos en lo relacionado con la financiación del arte obsceno.

El psicoanálisis ha asociado la actividad artística con el sexo, para Freud el instinto sexual es sublimado a través de canales aprobados socialmente como la creación artística, bajo esta idea se presentó en 1967 en Nueva York la “*Opera Sextronique*”, escrita por Nam June Paik bajo la interpretación de Charlotte Moorman, quien tocaba el chelo portando un bikini equipado por pequeñas luces eléctricas, que se prendían o apagaban cuando ella tocaba el instrumento. Moorman fue arrestada por lascivia pública bajo un estatuto que prohíbe “actuar en abierto ultraje de la decencia pública”, aunque fue condenada, el juez de la Corte Criminal, Milton Shalleck suspendió la sentencia considerando la “delicadeza” de la artista (Dubin, 1992, p.p. 126 y 127).

En Chicago en 1972, se daría una controversia sobre el libro “*Speakin for Ourselves*”, que incluía obras de 20 escritores, que representaban diferentes grupos étnicos. Los padres se quejaron contra lo que consideraron sucias páginas que contenían palabras obscenas (Dubin, 1992, p.47). Existieron también controversias en el cine, por ejemplo la película “*Henry and June*” (Dubin, 1992, p.47).

En Cincinnati en 1981 Jhon Zeh, productor de un programa sobre lesbianas y gays llamado “*gaydreams*” en una estación de radio, fue acusado de distribuir materia obsceno perjudicial para jóvenes, debido a un programa en que Zeh leía de manera humorística un reporte sobre lubricantes sexuales, el programa fue grabado por unos

niños que lo mostraron a sus padres. Luego de dos años Zeh fue exonerado, pero producto del escándalo perdió su trabajo y apartamento. La Corte de Cincinnati decidió que el programa no estaba deliberadamente dirigido a niños y de acuerdo a la legislación vigente no se exigía que toda la programación fuera apta para menores. (Dubin, 1992, p.169).

En 1986 la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC), atacó “*Jerker*”, una representación de dos hombres teniendo una fantasía sexual por teléfono, como posiblemente obscena. La obra había sido leída en una estación de radio de Los Angeles, el departamento de justicia decidió no procesar, pero se incurrió en una gran suma en su defensa (Dubin, 1992, p.p. 169 y 170). Tiempo después la FCC, reguló en sus estatutos las categorías de obscenidad e incluso la más indeterminada de indecencia. En 1988 la regulación también desechó la categoría de “safe harbor” o puerto seguro, donde se presumía que los niños estaban durmiendo y se permitía cualquier tipo de programación, extendiéndose la prohibición de indecencia durante las veinticuatro horas, esto llevó a una mayor reserva de las estaciones de radio temiendo repercusiones legales. (Dubin, 1992, p. 170). En Mayo de 1991, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, declaró inconstitucional la prohibición de veinticuatro horas, y finalmente la Suprema Corte, en la sentencia *FCC v. Pacifica Foundation* de 1992, ordenó reinstalar el puerto seguro.

La película “*La última tentación de Cristo*” de Martin Scorsese, también causó gran revuelo y en segunda instancia en Escambia County, Florida, se revocó la medida de prohibición, desestimando el cargo de blasfemia, aunque algunos críticos la consideraban también pornográfica, sin que fuera acusada bajo este cargo. (Dubin, 1992, p.p. 91 y ss)

En 1990 una escultura en el New York Central Park en honor a Duke Ellington, que lo colocaba junto a un gran piano rodeado por nueve mujeres desnudas que representaban musas, fue interpretada por un crítico como bestias de burdel. También las escenas coreográficas de Busby Berkeley en las películas de 1930, donde cuerpos de mujeres se utilizan, para realizar figuras caleidoscópicas fueron criticadas. (Dubin, 1992, p.51).

Los noventa comenzarían con el debate sobre la Primera Enmienda y la libertad de disentar, luego de que artistas como Scott Tyler controvirtieran el uso de la bandera, sin que entremos estos casos que corresponden a cargos contra los símbolos patrios.(Dubin, 1992, p.p.102 y ss)

#### **4.1.1 La sexualidad infantil**

Según Dubin (1992):

La sociedad americana es particularmente ansiosa sobre la sexualidad de los niños, y atrae una forma de rechazo colectivo el que los niños tengan pensamientos sexuales, sentimientos, o que actúen sexualmente. Es virtualmente un tabú cuestionar esta noción, aun sobre la base de una evidencia contraria (p.137).

Los casos que involucran artistas con imágenes relacionadas con la sexualidad infantil la mayoría de las veces llegan a las Cortes por procesos criminales contra los artistas relacionados con abuso de menores, y los artistas se ven sometidos a inspecciones en sus talleres, a confiscación de sus obras, a prisión preventiva, a la colocación de sus hijos bajo asistencia social, cuando las fotos son de estos; sin embargo la mayoría de estos cargos son desestimados y no llegan a condena, pero dejan la impresión en la comunidad artística de que es mejor evitar esta temática, si no se quiere ser perturbado en su la labor.

Fue el caso de Ricardo T. Barros, quien presentó a su esposa e hijo desnudos enfocándose en las curvas del cuerpo, en la publicación *Nueva Luz*, patrocinada por la NEA y el New York State Council of the Arts, entre otros, y que fue objeto de presiones; más dramático fue lo ocurrido con Alice Sims que creó la serie "*Water Babies*", en la que aparecía su pequeña Ariel de una año de edad, cuando en 1988 un trabajador de la empresa de revelado que utilizó la artista, alertó a la policía de que lo interpretó como pornografía infantil y fue juzgada por producir fotografías sexualmente explícitas de niños por debajo de los 18 años, luego el Commonwealth de Virginia desestimó los cargos. En San Francisco en 1990, Joe Semien fue enjuiciado por unas fotos que había mandado a revelar, cuando el empleado alertó a la policía, notando que las imágenes podían violar el estatuto de California que prohibía presentar los genitales, la zona púbica o rectal de niños menores de catorce años, con propósitos sexuales de estimular a los observadores. Semien había contratado a Jock Sturges para que hiciera negativos que serian regalados a las familias que él había fotografiado, finalmente no se le hizo cargo criminal alguno. (Dubin, 1992, p.p.137 y ss).

Según Dubin (1992):

Agentes del gobierno se han estado armando con un despliegue de estatutos en los pasados recientes años (el autor escribe en los noventas) para luchar contra el abuso de menores por parte de fotógrafos: La Child Sexual Abuse and Pornography Act de 1986; Capitulo 110; Explotación sexual de menores, que enmienda el Título 18 del Código de los Estados Unidos; y el Child Protection an Obscenity Act de 1988, que encasilla fotógrafos y trabajo publicitario que trabajen con personas desnudas con una nueva y estricta regulación. Los artistas fueron requeridos a reunir copia del año e identidad de todos los modelos, y mantener esta información indefinidamente. Estos requerimientos fueron atrás, a material producidos desde 1978, de esta forma se trató de abrumar a fotógrafos y personal relacionado, con montones de papeles. Como la revista *Popular Photography* previno a sus lectores, mientras un veredicto sea dado (que ponga a prueba la ley), nosotros le recomendamos que sus materiales mantengan los pantalones puestos. (Dubin, 1992, p.140)

En Estados Unidos, una primera comisión había concluido que no existe relación directa entre el material sexualmente explícito y conductas antisociales. Pero la comisión Meese, utilizaría testimonios para mostrar cómo la pornografía entra directamente en casa y ahora posee más peligro que en el pasado.

Un caso famoso al respecto es *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), se trató de un estatuto criminal de New York que prohíbe a las personas que con conocimiento promuevan actuaciones sexuales de los niños bajo la edad de 16 años, para la distribución de material en que se representase esta actuación. El estatuto define actuación sexual, como cualquier actuación que incluya conductas sexuales de los niños bajo 16 años, y una actuación sexual es el actual o simulado encuentro sexual, incluyendo desviaciones sexuales, bestialidad sexual, masturbación, abuso sado-masoquista, o la exhibición de los genitales, por actuación se entiende:

Cualquier video, película, fotografía o baile o cualquier otra representación visual exhibida ante una audiencia”, se procesa cualquier tipo de promoción esto es “procurar, elaboración, uso, venta, dar, prestar, enviar, transferir, transmutar, publicar, distribuir, circular, diseminar, presentar, exhibir o promover, ofrecer o estar de acuerdo con lo mismo.

Paul Ferber, era propietario de una librería en Manhattan especializada en productos de orientación sexual, y vendió dos películas a un agente encubierto. Se trataba de videos que mostraban pequeños masturbándose. Ferber fue procesado por promover la actuación sexual, y la decisión fue revertida en apelación. La pregunta jurídica que se intenta responder es: ¿Para prevenir el abuso de menores que se ven involucrados en conductas sexuales con fines comerciales, puede el legislador del estado de New York, en consistencia con la Primera Enmienda, prohibir la diseminación de material que muestre menores involucrados en conductas sexuales, en cualquier caso en que el material sea obsceno?.

La Corte recuerda cómo con la sentencia *Chaplinsky v New Hampshire* (1942), la Corte sentó las bases de exclusión de la obscenidad del campo constitucionalmente protegido de la expresión. “Existe un bien definidos y limitados clases de expresión, de prevención y sanción que nunca han llevado a problemas constitucionales. Esto incluye lo lascivo y obsceno y está bien establecido que su declaración no es esencial para ninguna exposición de ideas, y contiene tan escaso valor hacia la verdad que cualquier beneficio que se pueda derivar es sobrepasado por el interés social en el orden y moralidad”

En *Roth v United States* (1957) la corte directamente señaló que “la obscenidad no está en el área constitucionalmente protegido de la expresión y la prensa”, el test Roth fue seguido por 15 años en los que se consideró el “intratable problema de la obscenidad”. Después de vacilar sobre la apropiada definición de obscenidad, la mayoría de la Corte se mantuvo firme en la posición de que “el Estado tenía un legítimo interés en prohibir la diseminación y exhibición de material obsceno cuando el modo de diseminación conllevara un peligro significativo o ofendiera la sensibilidad, de quien no quisiera la exposición de menores”.

Hasta la fecha se siguió el test Miller sobre la falta de serio valor literario, artístico, político o científico. Según la Corte este estándar es una acomodación entre el interés del Estado en proteger la sensibilidad de receptores a los que no les agrada la exposición de material pornográfico y los peligros de la censura inherente y contendía en la ley. Como los estatutos antiobscenidad, las leyes dirigidas a la diseminación de la pornografía infantil corren el riesgo de suprimir la expresión protegida seguida de la mano de la censura que se convierte en excesivamente fuerte.

La Corte considera que existen razones para que los Estados, tengan mayor libertad en la regulación de pornografía infantil:

Primero, es evidente el imperioso interés que tiene el Estado en “salvaguardar física y psicológicamente el bienestar del menor”. Los Estados Unidos, tienen sustantiva legislación que protege la salud mental y síquica de los menores aun cuando estas operen sobre áreas sensiblemente protegidas por los derechos. Así por ejemplo en Prince v. New York se prohibió el uso de menores para distribuir literatura en las calles a pesar de que el estatuto afecte la Primera Enmienda, en Ginsberg v. New York una ley que protegía a los menores de la exposición de literatura obscena. Y en FCC v Pacifica Foundation se justificó el especial tratamiento de transmisiones indecentes para adultos y menores.

Segundo, la distribución de fotografías y filmes con presencia de actividades juveniles esta intrínsecamente relacionada con el abuso de menores en dos vías. Primero el material producido es permanente grabado con la participación de menores, y el daño a los menores es exacerbado por la circulación.

Tercero, la distribución de pornografía infantil en la red, está relacionada con la producción de material que explota sexualmente a los menores que están siendo controlados. Por lo tanto no se tienen motivos injustificados para creer que es difícil, o imposible, que se desestimule no solo la producción sino la comercialización.

El apelante considera que no se puede ir más allá de lo establecido en el test Miller, la Corte considera que el estándar en Miller provee una definición general de lo que puede ser prohibido como obsceno, pero no refleja el interés del Estado en procesar a aquello que promueven la explotación infantil. La cuestión bajo el test Miller es si la obra, tomada como un todo tiene un lascivo interés en una persona del común, no tiene conexión con el problema de la explotación sexual infantil. De manera similar, una explícita representación sexual no es patentemente ofensiva en orden a proteger la explotación sexual de menores. Y en adición, una obra que tomada en su totalidad contiene serio valor literario artístico, político o científico puede sin embargo ser pornografía infantil dura (hardes core of child pornography). Siendo irrelevante para el menor si el material contiene valor literario, artístico, o político. De esta manera “no se puede concluir que el test Miller, satisfaga el estándar para una satisfactoria solución al problema de la pornografía infantil”.

Cuarto, la comercialización y venta de pornografía infantil provee de un motivo económico y hace parte integral de la producción del material, una actividad ilegal a través de la Nación. “Raramente se ha sostenido que la libertad de expresión constitucional extienda su inmunidad a lenguaje o escritos que son usados en parte integrada de una conducta que viola un estatuto criminalmente valido” *Giboney v Empire* (1949). Se debe notar que la proscripción del uso de menores en fotografías y películas es totalmente efectiva, y no está siendo cuestionada.

Quinto. El valor de permitir la actuación de reproducción pornográfica de menores bajo conductas lujuriosamente sexuales es excesivamente modesta si no mínima, no es posible que hagan parte importante y necesaria del trabajo científico o educacional. “Como el estatuto juzga en este caso, si fuera necesario para algún valor literario o artístico, una persona que sobrepase esta edad y luzca más joven puede ser utilizado. No se está aquí censurando un particular tema literario de representación de actividad sexual. La primera enmienda se dirige a limitara la representación de algo más realista como la utilización de fotografías de menores.

Sexto. Reconociendo la pornografía de menores como fuera de la protección de la Primera Enmienda, no es incompatible con nuestras anteriores decisiones. “la cuestión de si una expresión esta o no protegida por la primera enmienda depende del contenido de la expresión”. No es raro que el contenido base clasificatorio de la expresión sea aceptado porque puede generalizar apropiadamente dentro de la clasificación, el mal a ser restringido sobrepasa el interés que tiene la expresión, y no es necesario proceder caso por caso. Cuando se está ante una definida clase de material como este, el balance en el interés es mucho mayor que la protección de la primera Enmienda.

Se trata de dos test diferentes, se diferencia con *Miller* en que: no es necesario encontrar que se apela a un interese lascivo en un persona del común, no se requiere que la conducta sexual sea representada de una manera patentemente ofensiva, y el material y su asunto no necesitan ser consideradas como un todo. La representación sexual que no sea obscena, que no envuelva la grabación en vivo o fotográfica permanece bajo la protección de la Primera Enmienda. Y como en las leyes antiobscenidad, la responsabilidad criminal no puede ser impuesta sin algunos elementos como el conocimiento doloso por la defensa. (*Smith v California* 1959 y *Hamling v United States* 1974).

La Corte tiene establecido que una persona a quien un estatuto puede ser constitucionalmente aplicado, no puede impugnar este estatuto sobre la base de que posiblemente se puede aplicar inconstitucionalmente a las demás situaciones no analizadas por la Corte. Esto porque los derechos constitucionales son de naturaleza personal y las limitaciones prudenciales en el juicio de constitucionalidad, haciéndose indeseable que la Corte revise todas las situación en que se pueda aplicar una legislación. Sin embargo, la Primera Enmienda es una de las pocas excepciones a este principio y se justifica por la sensible naturaleza de la protección de la expresión: “Las personas cuya expresión está constitucionalmente protegida bien puede abstenerse de

ejercer sus derecho por temor a sanciones penales por una ley que se aplique a la expresión protegida". Es por esto que se permite a las personas atacar por inconstitucionalidad una ley a pesar de que la conducta de la persona que hace el ataque es claramente no protegida y podría ser proscrita con una ley redactada bajo requisitos específicos. Ahora bien, como no se puede saber que tan seguido el uso de menores para médicos o trabajos artísticos es necesario, podría decirse que estas aplicaciones no permitidas de la ley equivalen a solo una pequeña fracción de las aplicaciones del estatuto y tampoco se puede suponer que los Tribunales de Nueva York le van a dar un alcance amplio de la ley que haga el estatuto inconstitucional.

Esta es una sentencia fundamental en materia de libertad artística, porque establece que al material sexual relacionado con menores, no se aplica el test de obscenidad Miller, y por esto mismo no se examina el criterio de valor artístico, esto eliminaría la protección que cierto tipo de material artístico, en especial el que responde a las exigencias de alta cultura, podría tener. Podemos preguntarnos por qué cierto tipo de arte tiene más protección que otro en razón de la persona que representa, en este caso un menor de edad. Es claro que en primer lugar, el tipo de material que la Corte relaciona con esta protección, es el material gráfico real, es decir, principalmente la fotografía y el video como testimonio de una conducta previa de abuso de menores, y al momento de ponderar no se trata de los mismos intereses, que en las otras formas de material obsceno que no incluye a menores, es decir que no se trata de un conflicto entre libertad de expresión y moral pública, sino entre libertad de expresión y protección al menor, que en el análisis de la Corte se inclina ampliamente hacia la protección del menor, y dentro de este mismo balance la libertad artística, carecería también de valor ya que por más valor artístico que pueda tener, primaria la protección al menor. Hasta el momento, la manera que tenía la Suprema Corte para proteger la libertad artística fue, sacando de la categoría de obscenidad cierto tipo de arte en consideración a su valor artístico, pero en este análisis, la Corte acepta que puede haber hard-core con valor artístico. Luego, también hay una serie de consideraciones más bien superfluas, de cómo los artistas podrían usar personas mayores de edad, y hacer pasar por menores, etc.

El daño a los menores que podría generar el material obsceno es una de los argumentos más usados para prohibir la obscenidad. Según Barendt (2009), se puede identificar tres tipos de daños al respecto: la temprana exposición al material sexualmente explícito puede poner en peligro el desarrollo de la joven persona, incapaz de poner este en perspectiva y tentarlo quizás, a ver este como una representación normal de las relaciones sexuales, esta es la motivación de la restricción en Alemania, que no analizaremos (p.p.374 y 375); la segunda, es la motivación en los Estados Unidos, donde la Corte en la sentencia anteriormente señalada enfatiza que la distribución de pornografía infantil está directamente relacionada con el abuso de niños en su producción, por lo que es esencial prohibir su distribución, y promoción, en orden a controlar efectivamente el abuso. En la sentencia *Ferber* que citamos, para Barendt (2009), la Corte parece sugerir que la pornografía infantil está totalmente por fuera de le ámbito de protección de la Primera Enmienda. Otra menos persuasiva lectura para este autor, sugiere que está sencillamente permitida la prohibición de diseminación de lo que

la Corte considera como un tipo de expresión de poco valor. De cualquier modo, está claro que la pornografía infantil no necesita ser caracterizada como obscena bajo el test Miller. Su valor artístico o de otro tipo es irrelevante, mientras material con serio valor literario u artístico no puede ser considerado obsceno en el test Miller. El tercer tipo de daño, es el que sostiene la Corte de Canadá, que considera que la pornografía puede llevar a seducir a los niños que serán víctimas de abuso. (Barendt, 2009, p.p. 374 y ss)

En Reino Unido existen varios estatutos diseñados para combatir la pornografía infantil. El Acta de Protección de menores de 1978, que prohíbe entre otros, tomar cualquier fotografía indecente a un niño menor de 16 años, distribuir o mostrar fotografías indecentes, y estar en posesión de esta para su distribución o muestra. Bajo legislación siguientes es una ofensa sumaria la posesión de este material, sin importar si la intención es distribuirla o no. Estos estatutos han sido enmendados para incluir pornografía electrónica de menores. No interesa que el material sea únicamente para uso privado, la Corte de Apelaciones ha rechazado el argumento de que esta previsión es incompatible con el respeto a la vida privada garantizada por el artículo 8 de la Convención Europea. Tampoco se toma en cuenta los motivos por lo que la persona toma las imágenes, simplemente un jurado decide si este es indecente de acuerdo a un estándar general. Esto puede general problemas para los naturalistas, los médicos u otros investigadores. En palabras de Barendt (2009):

La creación de imágenes simplemente para el placer personal no envuelve el abuso de menores y su protección, naturalistas e investigadores no poseen o distribuyen el material para seducir victimas jóvenes. La legislación del Reino Unido es muy amplia y debe ser construida de manera restrictiva, para estar con conformidad con los requisitos de la libertad de expresión. (p.p.376 y 377)

#### **4.1.2 La lucha entre Feministas**

Durante los 70's y los 80's diferentes grupos de mujeres se enfrentaron entre quienes rechazan la pornografía o quienes estaban a favor de una posición anti-censura. En el primer grupo se encuentran grupos norteamericanos como Women Against Violence in Pornography and the Media (WAVPM) y Women Against Pornography (WAP), cuyas principales teóricas fueron Andrea Dworkin y Catherine Mackinnon, particularmente famosas en Colombia debido a la traducción que hiciera la universidad de los Andes. Estas teóricas lograron que se aprobara una ley que fue considerada como inconstitucional por la Corte Suprema. (Dubin, 1992, p. 142)

Grupos como el Feminist Anti-Censorship Taskforce (FACT), consideran que las feministas antipornografía le atribuyen demasiada importancia a esta en la opresión de la mujer; con la eliminación de la pornografía, no va a alterarse significativamente la posición de la mujer en la sociedad, temen además que la lucha anti pornográfica recapitule viejos mitos sociales invocados por los guardias de la sexualidad en orden a suprimir la expresión sexual de las mujeres. Finalmente apoyan el desarrollo de

imágenes donde el deseo mutuo es representado, se prefiere la asunción de nuevas imágenes antes que su represión.

Para Dubin (1992), las controversias en el arte capturan el conflicto entre estándares y sensibilidades entre una elite del mundo artístico, y el hombre de la calle. El arte contemporáneo tiende a violar las tradicionales visiones sobre qué es el arte y el artista, hasta ahora no hay una respuesta concisa, y la incursión de contenidos claramente sexuales en otros tipos de arte confunden al público general. Se pregunta Dubin (1992) ¿Cómo, exactamente, puede mucho de esto diferenciarse de la pornografía? (p.146). Se puede decir simplemente que algo es arte cuando un artista lo hace, se trata por supuesto de una respuesta circular, así por ejemplo cita Dubin (1992): “los críticos del arte performático no vienen con ninguna otra credencial que esta: Anni Sprinkle es un artista de performance y este performance es arte, no pornografía. Yo estaría complacido de decir esto en una Corte de derecho.”(p.146). Para Dubin este tipo de argumento no solo no ofrece suficiente evidencia que persuada, sino que corrompe el significado de lo obsceno.

La relación entre pornografía y violencia contra las mujeres es uno de los principales argumentos de las feministas antipornografía, pero los argumentos tienen variables. Uno de los argumentos, es que la pornografía promueve la violación de mujeres. Este no comunica ideas, como el insulto es una forma crimen verbal. La perspectiva de que la pornografía es conducta y no lenguaje por lo que no está protegida por la Primera Enmienda, para Barendt (2009), ignora el carácter representacional de alguna pornografía, que es describir o representar la conducta sexual, lo que no equivale a un show sexual. Más importante aun, esta se mueve de la premisa razonable de que la pornografía puede ser usada para la ayudar a la masturbación, a la inaceptable conclusión de que esta es su única función, que es el sexo. La pornografía puede llevar a un sin número de respuestas, incluyendo aburrimiento y disgusto así como placer sexual. Más aun, este muy seguido trabajo a través de los sentido aun cuando no es intelectual o tiene mínimo merito artístico. El otro argumento es que la pornografía silencia a las mujeres, pero para Barendt (2009), el que la pornografía genere tanto debate sugiere que no tiene un efecto silenciador significativo, y la libertad de expresión no incluye el derecho de las mujeres u otro grupo a unas favorables circunstancias de expresión.

Otros argumentos señalan, que la pornografía puede comunicar ideas, y que estas ideas van en desmerito de las mujeres. Para Barendt (2009) la pornografía usualmente no dice nada explícitamente sobre el derecho de igualdad de las mujeres, pero dice mucho menos que los discurso conservadores que consideran que la mujer debe casarse y estar en casa, y nadie piensa que la expresión de esta visión debe ser suprimida, entonces es difícil mostrar cómo las feministas pueden sostener que debe prohibirse porque soporta la inequidad entre hombres y mujeres. También los pornógrafos pueden usar el argumento para señalar que están comunicando sus ideas. Ciertas feministas también señalan que la pornografía presenta las mujeres como objetos de las necesidades sexuales de los hombres, en formas extremas de violencia estas representaciones pueden promover la violencia sexual. Según el autor, las autoridades

públicas no pueden establecer cuál visión de las mujeres es aceptable, así como no puede prescribir una opinión política. Aun cuando la Corte acepte la idea de que la pornografía perpetúa la subordinación de la mujer, esto se produce en el estado mental de los lectores. En este sentido la pornografía no es diferente del la expresión política indeseable.

Sea este el momento para volver sobre una frase de Danton (2003), que citábamos en la primera parte de este trabajo de grado, cuando analizábamos si el arte podía ser peligroso, decía este autor que el arte es peligroso:

porque sus métodos están abiertos a la representación de cosas peligrosas, pero de tal modo que se hace tan peligroso como ellas. La representación del antisemitismo es tan peligrosa como el mismo antisemitismo, y puede que más, porque el artista utiliza su libertad para tratar los objetos de su odio en su aspecto más civilizado, es decir, como miembros de un público teatral, tal como quien se apropia de imágenes pornográficas ataca a las mujeres en su aspecto más civilizado, como miembros de un mundo artístico en el que las convenciones de ser arte se supone que les impide devolver el golpe cuando son asaltadas (...) Una vez se entiende el poder, la siguiente tarea es de índole moral: eliminar la libertad meramente formal que el concepto de arte ha adquirido, por el cual las obras de arte pueden representar cualquier cosa de cualquier modo sin efecto "porque es arte". Esta es una libertad vacía, y su choque con la realidad la vemos en el racismo y la pornografía. (pp.184-187).

En efecto cierta forma de arte obsceno puede ser insultante para la mujer, pero cada vez más las mujeres hemos aprendido que dentro del mismo arte, sí se puede devolver el golpe y que incluso el arte puede ser un excelente escenario para denunciar las inequidades de género, es decir que un uso estratégico de los medios artísticos, antes que una censura artística, sería más efectiva para alcanzar la equidad de género.

### **4.1.3 La financiación del arte obsceno en los Estados Unidos y la libertad de expresión artística**

Dos son las grandes batallas del arte subsidiado en Norteamérica durante los noventa, la primera y la que nos interesa es la de Robert Mapplethorpe y sus fotos eróticas, y la segunda, es la de Andres Serrano sobre arte blasfemo, que no analizaremos por tratarse de otro cargo, pero que sin duda ha sido importante en la historia del arte norteamericano. Aunque los cargos sean diferentes los grupos que son enemigos de este tipo de arte tienden a ser los mismos, la religión ha tomado como bandera la protección de la moralidad entre la que se encuentra la sexualidad.

Proveniente de un familia de clase media baja e hijo de un ingeniero eléctrico que nunca se interesó por su obra, Mapplethorpe vivió en Queens hasta los diez y seis años, se educó en el Pratt Institute de Brooklyn, su cercanía con personalidades le proporcionó una carrera de "niño malo" en el mundo del arte y le permitió mostrar abiertamente su homosexualidad; se hizo conocido en tres categorías clásicas: desnudos masculinos y

femeninos, imágenes de celebridades y naturalezas muertas. (Dubin, 1992, p.171). Mapplethorpe murió a los cuarenta y dos años en 1989, víctima del SIDA.

La exposición de la polémica se tituló "*El Momento Perfecto*", aunque ya desde antes Mapplethorpe venía escandalizando a algunos, no solo por el contenido sexual de su obra, también se le habían atribuido a sus desnudos de hombres de color, implicaciones racistas, la opinión incluso dentro del mundo homosexual se encontraba dividida. (Dubin, 1992, p.p. 173 y 174)

En Julio de 1989 el senador Jesse Helms mostró a su esposa el catalogo de la exposición retrospectiva de Mapplethorpe "*El Momento Perfecto*", quien se sintió profundamente indignada ante el trabajo del artista. El senador pareció especialmente ofendido ante la fotografía de una pequeña niña capturada por el lente en el momento en que se quita su vestido y queda expuesta (la foto se titula "*Honey*", 1976). La reacción fue un prolongado debate que llevaría a cancelar la exposición he iniciaría una batalla legal. (Dubin, 1992, p.p. 174 y 175).

La exposición fue dividida en tres secciones o portafolios, X, Y y Z. El portafolio X contenía conductas homosexuales, el Y fotos de flores y el Z enfatizaba en la sexualidad de hombres de color. El ingreso a cada portafolio se hacía de manera separada y se colocaron notas sobre el material posiblemente ofensivo de cada espacio, usaron hileras de imágenes mucho más pequeñas que las demás, todo esto para minimizar el impacto de las mismas (Dubin, 1992, p.176).

Se planeó que la exposición recorriera siete ciudades alrededor del país y se dieron distintas reacción durante las mismas, en Chicago y Filadelfia pasó sin mayor atención. Cuando la exposición se encontraba en el Museo de Arte Contemporáneo de Chicago, Mapplethorpe murió, luego de lo cual la exposición llegó a Washington donde se levantó la controversia. La diferencia de reacciones es una prueba para Dubin (1992), de que "el arte y el artista pueden ser juzgados como contrario a la ley en un lugar y tiempo, puede prosperar en otros lugares", para que una controversia sea activada algo más debe añadirse a la marginalidad del objeto en sí mismo. Esto es más susceptible de ocurrir una vez el fotógrafo es objeto de evaluación por personas que no están familiarizadas con el arte contemporáneo, o a quienes les repele automáticamente temas como la homosexualidad. Es decir, que no es suficiente con el contenido transgresor del objeto, la reacción está dada también por las circunstancias sociales en que la definición de la ofensa emerge. (Dubin, 1992, p.176).

La exposición en Washington se realizó en el Concoran Gallery of Art, lugar que había sido epicentro de controversias en el pasado, así en 1851 la comunidad se había escandalizado ante la exposición de "*La esclava griega*" de Hiram Powers, oficiales del gobierno habían removido la pintura de Pauld Cadmus, "*Marineros y Rameras*" en 1934, entre otros (Dubin, 1992, p.177). El 12 de Junio de 1989, la directora del museo, Christina Orr-Cahall, anunció que no sería posible seguir adelante con la exposición de Mapplethorpe en el Concoran. Se encontraba vivo el debate sobre el financiamiento de *Piss-Christ* de Serrano, y la división que había generado la obra de Dread Scott sobre la

manera correcta de izar una bandera, obras a las que no podremos dedicarnos por tratar la primera de arte blasfemo, toda vez que la obra y su título aludían a la manera en que el artista había sumergido un crucifijo en su orina, y la segunda al arte anti nacionalista, al hacer que los espectadores pisaran la bandera estadounidense so pretexto de averiguar la forma correcta de izar la bandera, posiblemente dos de las obras más polémicas del arte norteamericano a la que se sumaría la exposición Mapplethorpe sobre arte obsceno.

El representante Dick Armeý recolectó cien firmas en una carta que instaba a la NEA a revisar sus procesos de adjudicación de ayudas, y copias de la exposición "*El momento perfecto*" de Mapplethorpe circulaban en el Congreso. El Concoran se sentía amenazado toda vez que su financiación dependía de la NEA. El argumento de Orr-Cahall, será famoso en la cultura norteamericana: "Yo no pienso que sea censura de ninguna manera. El catálogo y la exposición puede ser exhibidos y vistos en cualquier otra parte. La censura se da cuando se edita la presentación" (Dubin, 1992, p.177). Como el curador Robert Miller expresó: "Cuando uno piensa en el terror que Washington genera y envía al mundo, la idea de que la exposición del cuerpo humano puede molestar a Washington se muestra absurda" (Dubin, 1992, p.177). Palabras duras pero justas, Norteamérica históricamente no ha mostrado mayor recelo en atacar a quienes consideran sus enemigos, pero es capaz de escandalizarse ante la desnudez masculina.

La reacción de la comunidad artística fue extensa, días antes a la fecha de la cancelación muchas personas protestaron en frente del Concoran, coordinados por grupos LGTB. Y el 30 de Junio frente a cientos de personas, se proyectó en las paredes del propio Concorde imágenes del trabajo de Mapplethorpe, en una actitud totalmente desafiante en la que si la obra no se exponía en su interior lo hacía en su fachada sin ninguna censura. Al museo le costó reponerse de su desacreditación luego que varias exposiciones que estaban agendadas cancelaran en solidaridad con "*El Momento Perfecto*". (Dubin, 1992, p.178)

La controversia Mapplethorpe, llevaría finalmente al debate sobre fondos públicos para financiar el arte obsceno. El debate se daría de la mano de Jesse Helm en el otoño de 1989 con frases memorables como: "si alguien quiere escribir feas y sucias cosas en los baños de hombres, los dineros públicos no tienen porque proveer los crayones" (Dubin, 1992, p.180). Antes de que se realizara la enmienda antiobscenidad de la NEA, Costa Mesa, en California adoptó una media para prohibir que se usaran las ayudas a las artes en obras obscenas o de actividad religiosa o política, medida que fue derogada cuando la NEA adoptó la garantía antiobscenidad. (Dubin, 1992, p.94). En Julio, el Senado aprobó el recorte en los fondos de la NEA de \$45,000, y se veto a la SECCA y al Instituto de Arte Contemporáneo (ICA Institute of Contemporary Art) de Filadelfia, para recibir fondos de la NEA. En compromisos posteriores el recorte fue reintegrado, y la sanción a las dos instituciones fue remplazada por una provisión que señalaba que la acción de estas instituciones podría estar bajo observación del Congreso y el comité de apropiaciones. Pero lo más importante fue la enmienda Helms, una medida que negaba la financiación de material que pudiera ser obsceno o dejara dudas sobre su seriedad

artística, política o valor científico (*“serious literary artistic, political or scientific value”*) (Dubin, 1992, p.p.100 y 101).

Conocida como la enmienda Helms, propuso barreras al uso de fondos Federales para “promover, diseminar o producir material obsceno o indecente, incluido pero no limitado a la representación de sadomasoquismo, homoerotismo, explotación de menores, o individuos comprometidos en actos sexuales; o materiales que denigrar objetos o creencias de los adherentes en una religión o grupo no religioso”. También se recortaron los fondos del NEA en proporción igual a los soportes otorgados a la exposición Serrano y Mapplethorpe, y una prohibición de otorgar soportes al SECCA y al ICA por cinco años. La medida fue aprobada por el senado pero el comité solo autorizó un recorte de 45,000 dólares pero no el veto por cinco años ni la prohibición de arte obsceno.

Ante este obstáculo, el senador Helms envió a los miembros del comité fotos de la exposición de Mapplethorpe, principalmente los fotografías de menores, Honey y Jesse sobre el pedestal, y pidió que las ranquearan en cinco dentro de una escala de uno a diez. Su táctica final fue brindar un voto de opinión “cualquiera que vote contra la clausula antiobsenidad está favoreciendo la financiación de pornografía” (Dubin, 1992, p.180).

Finalmente el comité eliminó el veto por cinco años al SECCA y al ICA, pero requirió a la NEA que notificara al Congreso antes de otorgar dinero a estas instituciones. También prohibió que fondos federales pudieran ser utilizados en obscenidad, con un compromiso sugerido por el Congresista Sidney Yates, en el que se tomaba el concepto de obscenidad de la sentencia de Corte Suprema de 1973, en el caso *Miller v. California*. Este es un concepto más relajado que el de Helms, toda vez que se necesita aplicar los tres criterios para considerar la obscenidad, y los conceptos de denigración e indecencia fueron dejados por fuera (ver capitulo segundo de la segunda parte de esta tesis sobre los test de obscenidad). (Dubin, 1992, p.181) Por supuesto esto no fue más que la segunda parte de la historia sobre la imposibilidad de definir lo obsceno, por lo que la NEA tendría problemas para aplicar esta enmienda. Como se puede ver, también fue dejado de lado lo relacionado con el arte blasfemo y la enmienda como tal se dedicó enteramente a la obscenidad.

La exposición *“El Momento Perfecto”*, se movió a Hartford donde se tomaron medidas para evitar contratiempos, así por ejemplo se prohibió la entrada de menores de diez y siete años que no estuvieran acompañados por adultos, se hicieron conferencias públicas para entender mejor la exposición, etc. (Dubin, 1992, p.181), aun así el primer día se presentaron protestas por miembros de grupos prodecencia, sin mayores repercusiones. Pero la exposición Mapplethorpe se enfrentaría al más fuerte rechazo en Cincinnati, según el análisis de hace Dubin, Cincinnati es uno de los Estados más filisteos de Norteamérica, las principales movimientos antiobsenidad se encuentran allí, así por ejemplo la Colisión Nacional contra la Pornografía, Ciudadanos por los Valores de la Comunidad (CCV). Cincinnati fue el lugar donde Larry Fynt fue encarcelado por

obscenidad, organizaciones religiosas también bloquearon la presentación de *La Última tentación de Cristo* por algún tiempo, y por supuesto la CCV inició una campaña contra la exposición antes de su arribo. También fue la oportunidad para políticos locales que habían hecho carrera bajo el slogan de la decencia, como Simon Leis.

El Centro de Arte Contemporáneo (CAC) tomó las precauciones del caso, utilizando fondos privados para la exposición, y utilizando señales de advertencia frente al material sensible. El 27 de Mayo el CAC tratando de tener claridad legal, requirió a un jurado que examinara las imágenes controversiales y determinara cuales eran obscenas antes de que se abriera la exposición, pero el juez negó el requerimiento diez días después, forzando al CAC a abrir la exposición bajo el riesgo de violar algún estatuto. El 7 de Abril, nueve miembros del jurado del fondo Hamilton County, hicieron la visita a la exposición y decidieron que siete de las fotografías eran obscenas y demandaron al CAC y al director Dennis Barrie con dos delitos: complacencia con la obscenidad y uso ilegal de material relativo a desnudes en menores (Dubin: 185). Dennis Barrie se convirtió en el primer director de museo indiciado por obscenidad en los Estados Unidos.

La defensa no logró desvirtuar los cargos, no obstante el argumento de que algunas de las fotos consideradas obscenas aparecían en libros dentro de la colección de la Biblioteca Pública del Congreso. El juez tomó tres decisiones antes del juicio: la primera, el juez Abanese determinó, que el jurado podría únicamente escuchar testimonio sobre las siete imágenes acusadas de obscenidad por fuera de las 175 fotografías incluidas en la retrospectiva. Una sección del test Miller establece que para juzgar la obscenidad, “la obra, tomada como un todo, carezca de valor artístico, literario, político o científico”. El juez interpretó esto como cada fotografía como un todo, no la completa exhibición. Rechazó la visión de integralidad de las selecciones, como señalara el director del Walker Art Center, “las fotos hablan una a otra, hacen parte de una totalidad” (Dubin, 1992, p.187). En segundo lugar, el juez rechazó la consideración de que la CAC era más que una galería un museo. Bajo la ley Ohio, los museos pueden exponer material obsceno para propósitos culturales o educativos, pero no se logró entrar bajo esta consideración. Y finalmente se rechazó la restricción del grupo de jurados por una más liberal.

El grupo del jurado generó problemas para la defensa. Finalmente consistió en cuatro mujeres y cuatro hombres, de clase trabajadora predominantemente, y con poco interés por las artes (Dubin, 1992, p.187). El proceso fue ordinario, se presentaron tres oficiales de policía que confirmaron que las fotos habían sido expuestas por el CAC. La defensa durante cuatro días presentó testimonios de expertos, los expertos convirtieron el material sexual en un estudio de simetría, como estrategia para desviar la atención de la dificultad de la temática juzgada, hacia consideraciones formales de composición. La defensa fue cuidadosa también en tomar testimonio a los padres de los menores involucrados en las fotografías, toda vez que la Ley de Ohio prohíbe “cualquier material o representación que muestre un menor que no tiene tutela o padres, en estado de desnudes”.

La parte acusadora llamó a un experto para refutar que las fotografías fueran arte, el Doctor Judith Reisman, quien declaró que el anonimato de los actos sexuales

representados, no permitía darle el estatus de arte y que las imágenes no permitían expresar emociones humanas. Frente a las fotos de menores, señaló que las imágenes legitimaban el abuso de menores. Su testimonio fue tomado como opinión y no como experticia.

La defensa fue más persuasiva y utilizó la metáfora del pie de manzana (algo muy norteamericano). Señaló que se necesitaban tres ingredientes para hacer un pie de manzana, siendo necesario cada uno de ellos. Esto aplicado al test Miller significa que la obscenidad solo se presenta cuando se dan las tres condiciones del test. Luego de deliberar el jurado aceptó la metáfora y absolvió al director y al CAC de todos los cargos. La sentencia tuvo gran resonancia y fue interpretada como una victoria del sistema judicial por la libertad de expresión. Pero Dubin es más crítico, para él se trató tan solo de la incapacidad de la fiscalía de presentar el caso con testigos creíbles (Dubin, 1992, p.189). En esto el autor parece tener razón, en este juicio se utilizó el formalismo para evadir el verdadero debate sobre la obscenidad y con esto también pierde el arte, como señalaba Danton, en el primer capítulo de esta tesis. La defensa de Mapplethorpe está en la base de la creencia norteamericana en la función terapéutica del arte, veíamos en la introducción con Hughes como la vanguardia había sido absorbida en Norteamérica a través del esteticismo y la conducción del arte hacia una verdad superior, en efecto, la defensa de este artista se dio a través del esteticismo formalista (Hughes, 1994, p.197).

También como señala Dubin (1992), se trató del traslado de la decisión a un grupo de expertos:

El bombardeo de testimonios de artistas profesionales convirtieron al jurado de poner a un lado sus creencias y condescender con lo que las autoridades tenían por decir (...) Es no solo una victoria marcada por el triunfo de los defensores particulares, también resalta la legitimación de los participantes en el mundo artístico para decidir que debe ser considerado arte. (p.189)

Por supuesto la controversia frente a la obscenidad estaba lejos de acabarse. El fallo también dividió el mundo artístico en Cincinnati, la mayoría de instituciones artísticas no ofrecieron abierto soporte al CAC por que no querían poner en riesgo su propia situación. El CAC fue dejado solo, siendo objetivo de políticos y líderes morales.

En Boston otros museos se solidarizaron con la muestra y expusieron obrar con temas relativos, pero también hubo respuesta por parte de los grupos promoralidad; así frente a un reporte presentado en una las noticias de las 10 de la noche en la estación WGBH, el reverendo Wildmon se quejó ante la FCC, quien desestimó los cargos de indecencia y obscenidad, considerando que había sido transmitido después de las diez de la noche y era improcedente aplicar el test Miller.

La primera importante controversia que generaría la nueva regulación contra la obscenidad, estaría relacionada según Dubin (1992), con el SIDA, la epidemia venía afectado al gremio artístico quien lo reflejaba en su obra mientras a nivel de medios de comunicación el tema aún seguía siendo tabú. (p.p.197 y ss)

La exposición "*Witnesses*" (Testigos) de Joe Ziolkowski se presentó en el Tribeca Gallery en Noviembre del mismo año 1989, en que tuvo lugar a la enmienda. La

exposición fue subsidiada con diez mil dólares de un total de treinta mil dólares que costó la exposición. Antes de que la muestra abriera, la directora del espacio artístico Susan Wyatt alertó a la NEA sobre el material explícito, el 9 de Noviembre el director de la NEA Frohnmayer anunció la suspensión del premio basado en la desaprobación del catálogo bajo el argumento que este castigaba líderes políticos y religiosos por su posición frente a la homosexualidad y el SIDA, bajo este supuesto el trabajo tenía una naturaleza política antes que artística y eso lo descalificaba para la financiación. El Artists Space no accedió a la demanda de la NEA de revertir el premio y se dieron intensas negociaciones hasta que Frohnmayer cambió su decisión, restauró el subsidio, siempre y cuando los fondos fueran utilizados para la muestra y no para financiar el catálogo, pero como señala Dubin (1992) si bien el Artists Space se anotó una victoria, todavía no se saldaba la cuestión de lo que el gobierno considera aceptable para ser subsidiado, particularmente cuando este es de naturaleza homosexual. (p.p.206 y 207). La exposición convocó una gran cantidad de grupos que trabajan alrededor del SIDA, que expresaron su insatisfacción por la enmienda antiobscenidad, el mensaje según Dubin (1992) era que: “el homoerotismo era también una forma legítima de expresión y merece soporte por parte del Estado”. (p.207)

Luego de la exposición *Testigos*, el Curador Nan Goldin organizó una exposición sobre el SIDA mostrando cómo la enfermedad había atacado a algunos de sus amigos más cercanos, en el mismo Artist Space, esta muestra generó alguna controversia sin que se llevara a estancias judiciales, entre otras cosas porque Goldin era un artista muy cercano al Artis Space.

La University Galleries de la Universidad del Estado de Illinois (ISU) preparó “*Forked of Flame*” cuya exhibición y catálogo fue parcialmente subsidiada por cincuenta mil dólares otorgados por la NEA durante 1989, la muestra era una retrospectiva de David Wojnarowicz. (Dubin, 1992, p.p. 210 y ss). Wojnarowicz’s había contribuido a “*Witnesses*” con un ensayo, “Carta postal para América: Radiografía del infierno” “Post Cards From America: X Rays From Hell”, donde expresaba su indignación como persona con AIDS, la retrospectiva reimprimió esta en uno de los capítulos. La primera objeción a la exposición fue de la representante Dana Rohrabacher, enviando una carta a los miembros del Congreso un mes después de que se abriera la exposición, donde alertaba que la exposición era una “orgia de degenerada depravación” subsidiada por la NEA (Dubin, 1992, p.216). Posteriormente el Reverendo Wildmon utilizando la misma estrategia que había usado para criticar “*Route 1 & 9*” y contra la canción “*Killing the Arab*” de The Cure, que no tratamos acá por pertenecer a otros cargos, envió una carta al Congreso que señalaba a la NEA como promotor de pornografía y 14 imágenes extraídas del catálogo de la retrospectiva de Wojnarowicz, algunas de las cuales correspondían a la Serie Sexo (“*Sex Series*”). En esta serie el artista incorpora pequeñas porciones de imágenes pornográficas dentro de un collage, tomadas de revistas encontradas en las viviendas de sus amigos, tanto de imágenes homosexuales como heterosexuales, sin embargo se había usado el negativo de fotografías de las imágenes por lo que era difícil su desciframiento. (Dubin, 1992, p.217).

Frohnmayer, director de la NEA, respondió a la carta de Wildmon diciendo entre otras cosas que:

Las imágenes son de mal gusto y ofensivas para mí, e indudablemente para una gran mayoría de la población. Soy un declarado seguidor de la ley, y eso es justamente lo que

intento hacer. Espero, que con los procedimientos que estoy implementando en el Arts Endowment, imágenes como esta no vuelvan a ser subsidiadas. (Dubin: 218)

Esto llevó a Wojnarowicz a sentirse ofendido. Decidido a luchar se asesoró de abogados privados del Centro para los Derechos Constitucionales, presentó un caso de un millón de dólares contra Wildmon y la Asociación de Familias Americanas (AFA). La demanda incluyó dos cargos por infringir el derecho de copyright, y un cargo por difamación (*libel*), y violación de la Acta de Derechos de autor de Artistas de Nueva York, y el Acta Federal que prohibía la competencia desleal. Los cargos se basaron en que se había reducido a Wojnarowicz a “ser un mero pornógrafo y no un artista visual serio”; su trabajo había sido intencionalmente mutilado por presentar una porción de sus obras de arte como si fueran el total de su obra.

Las partes se encontraron en la Corte en Junio de 1990 (*Wojnarowicz VS AFA*), basado en los testimonios escuchados, el juez tomó la medida preventiva de prohibir la difusión del panfleto. Los abogados de Wojnarowicz arguyeron que la acción de Wildmon había sido calculada e intencional, habiéndose copiado las imágenes más ofensivas, afectando la proyección del artista, ahora caracterizado principalmente como un pornógrafo gay al que los museos rechazarían, toda vez que no se trataba de un artista con una carrera consolidada como lo fueran Mapplethorpe y Serrano al momento de su controversia. Se solicitaba por los abogados la prohibición permanente de la distribución del panfleto, y como medida correctiva la rectificación en un periódico de alta circulación y la indemnización de los daños (Dubin, 1992, p.218).

Finalmente el juez aceptó la primera parte de la petición, pero solo otorgó un dólar de compensación monetaria, bajo el argumento que el cargo de libel no se había probado, no habiendo tenido daños para la carrera del artista. Esto fue según Dubin, una “simbólica y frustrante victoria para Wojnarowicz, que con gracia dijo: “usaré (el dólar) para comprar un helado o un condón, dependiendo que tan caliente me sienta” (Dubin, 1992, p.219)

Seis meses después del incidente de Wojnarowicz, un incidente similar ocurrió en Richmond, Virginia. Carlos Gutierrez Solano fue uno de los doce artistas que participaron en *Coastal Exchange III* patrocinada por el 1708 East Main Gallery en Richmond y Art Council de Richmond. Su instalación titulada “*In Memorium*”, consistía en un tributo a tres amigos que habían muerto recientemente de SIDA, fue la única obra no preseleccionada por los patrocinadores. En la galería, el artista colocó hombres en vidrio, un funeral de vidrio y neón, y un extracto del poema de Edna St. Vincent Millay que decía “Aún algunos hombres hacen amistad con la muerte/ Aun cuando hablo, por falta de amor a mí mismo”. La pieza controversial fue una pintura en rojo en frente de la ventana de la galería: tres hombres desnudos, con una erección luego de que las nalgas de otro hombre se posara provocativamente en sus manos y rodillas. El componente final fueron tres homofóbicas y SIDAfóbicas frases como: “si usted quiere parar el SIDA, dispárese a los queers” (Dubin, 1992, p.219)

Llamados de protesta llegaron a la galería, el fiscal Joseph D Morrissey de Richmond, advirtió a los responsables de la galería que podrían ser arrestados bajo cargos de obscenidad, por lo que cubrieron partes de la ventana con papel. Esto convirtió a la exposición en interactiva cuando los defensores escribieron mensajes anticensura

sobre el papel, y rutinariamente el papel era retirado en la noche. Personas empapelaron el perímetro de la galería con renombradas obras con los ojos cubiertos. Finalmente el ACLU demandó en nombre del artista y la galería, y un juez el distrito, el juez James R. Spencer sentenció que la obra no era obscena y podía ser expuesta como había sido diseñada. Según Dubin (1992), el magistrado no compartió la afirmación de un crítico de arte sobre las bondades de la transgresión crítica, en cambio juzgó que era enteramente aceptable la sexualidad como parte de una obra sobre SIDA. (p.220)

Las batallas judiciales durante los ochenta y los noventa en los Estados Unidos están motivadas principalmente por grupos moralistas. Uno de los más importantes y que hemos visto a parecer en algunos de estos casos, es el reverendo Donal E. Wildon, tuvo la revelación sobre su misión en el mundo, durante una Navidad de 1976 cuando encontrándose descansando en su casa, observó cómo cuatro menores se encontraban viendo la televisión cuando los canales mostraban violencia y sexo, por lo que inició su cruzada. (Dubin, 1992, p.228). Wilson hizo parte del boicot en contra de la película "*La última tentación de Cristo*", contra un comercial de Madona en una campaña de Pepsi, mandó cartas masivas contra la NEA por financiar obras de Serrano, Mapplethorpe y David Wojnarowicz. Atacó la NBC por mostrar el primer beso entre lesbianas en *L.A. Law*, contra Waldenbooks y K-Mart por vender Playboy y Penthouse entre otros. Para Wilson se trata de la guerra entre dos visiones del mundo irreconciliables, de un lado la cristiana y del otro la secular o humanista. Fue la cabeza más visible del AFA, American Family Association.

La enmienda antiobscenidad también generó dilemas morales para los artistas, al igual que lo generó la financiación al arte por empresas que a su vez financiaban a políticos pro censura (Dubin, 1992, p.p.257 y ss). Al aceptar los fondos de la NEA se podría estar comprometiendo las creencias del artista, al mismo tiempo que rechazarlo podría impedir su creación. Podían darse varias situaciones: que se firmara pero no se siguiera el plan artístico, incluso como una forma de protestar haciendo que la restricción provocara el efecto contrario e imponiendo la carga a los censores de demostrar que no se trataba de una obra artística. La segunda estrategia fue rechazar el dinero argumentando que la libertad de expresión es más importante que el dinero, aunque esto dificultara la labor o buscar financiación de fondos privados, según Dubin (1992) para Noviembre de 1990, más de 30 grupos e individuos habían rechazado firmar con la enmienda anti-obscenidad, lo que sumaba un total de \$750,000 dólares. El otro método para retar el compromiso antiobscenidad fue a través de Cortes. El Nuevo Colegio para la investigación social (New School for Social Research), demandó en Mayo de 1990 a través de abogado Floyd Abrams. El New School había recibido \$45,000 dólares de subsidio por rediseñar un jardín con la colaboración del escultor Martin Puryear y el arquitecto Michael Van Valkenburgh. La universidad argumentó que el lenguaje del compromiso era vago e inconstitucional, un intento por establecer una censura previa sobre los proyectos aún no terminados, esto puso el lenguaje de la NEA bajo observación. Jonathan Fantons como presidente del New School señaló que la llamada clausula obscenidad era semejante a un juramento de lealtad y podría tener efectos no deseables en la expresión. (Dubin, 1992, p.266)

Un juicio similar se llevó por Bella Lewitsky una corógrafa, quien recibió \$72,000 del NEA, el juicio fue similar al del New School, es decir sobre la naturaleza del lenguaje y sobre aceptabilidad de su proyecto, señalaba que la Constitución no permitía al gobierno manipular el subsidio federal a las artes como vehículo para suprimir el

lenguaje controversial. Similar señalamiento fue hecho contra la NEA por el Newport Harbor Art museo de California. En Enero de 1991 Lewistky ganó el juicio, compeliendo a la NEA a liberar sus subsidios. El juez del caso estableció que la NEA estaba intentando arbitrar la obscenidad, cuando esta debía ser determinada según los estándares locales de la comunidad. En Febrero de 1991, el New School desistió de su demanda cuando la NEA aceptó eliminar la restricción para este caso. Pero las cuestiones judiciales no terminaron, la NEA fue reautorizada por el Congreso en 1990, quien determinó que se tuviera en cuenta “la excelencia artística y el merito artístico”, pero también estipuló que se tuviera en consideración “los estándares generales de decencia y respeto en las diversas creencias y valores del público Americano”. Algunos artistas sintieron que la vaga previsión le daría incontrolado poder a la NEA y propiciaba la autocensura.

Luego de la enmienda, la obra de varios artistas de *performing art* quedó en vuelta en la discusión. Entre ellos resalta Karen Finley, una artista polémica desde varios sentidos: primero, sus temáticas que incluyen temas de género y de política; y segundo, la forma en que los afronta, de una manera cruda y muchas veces sin que sea evidente su estatus de arte. Ella junto a otros tres artistas colocaron en duda la constitucionalidad de la enmienda luego de que aplicaran al auxilio de la NEA antes de que la 954 (o enmienda) fuera promulgada, el panel de asesores recomendó aprobar sus proyectos, pero el Concilio subsecuentemente recomendó desaprobarlo, y la ayuda fue denegada.

La enmienda conocida como la sección 954 (d) establece que:

Ningún pago debe ser hecho bajo esta sección sobre la aplicación hasta que sea aprobado por el National Endowment for the Arts en correspondencia con la regulación y procesos establecidos por el Chairperson. En el establecimiento de regulación y procedimientos el Chairperson debe asegurar que- 1) la excelencia artística y el mérito sean el criterio bajo el cual la aplicación sea juzgada, *tomando en consideración estándares generales de decencia y respeto por las diversas creencias y valores del público Americano*. 2) y las aplicaciones sean consistentes con el propósito de esta sección. Cuya regulación y procedimientos deben claramente indicar que la obscenidad carece de merito artístico, no es expresión protegida, y no debe ser subsidiada. (20. U.S.C 954 d)

Bajo este mandato la NEA decidió en lugar de requerir a los miembros del panel y del Concilio para que juzgaran una propuesta como “decente y respetuosa”, el Chairperson podría reconstituir el panel para asegurar que los miembros reflejaran estos valores al juzgar el merito artístico sin que se necesitara una capacitación o especial atención sobre la decencia y el respeto en su decisión. En el análisis del autor norteamericano, Bezanson (2008), con base en los testimonios que se recogen se observa también como la NEA pretendió aplicar la enmienda con base en la distinción tema o materia, y forma o manera, el análisis de la NEA se basaba no en descalificar un tema por obsceno sino juzgar la forma en que el tema era presentado. Esta previsión y la señalada anteriormente sobre la conformación del panel muestran como señala el autor, que la NEA era una forma imperfecta o sin mucho rigor frente a la intensión del Congreso con el propósito de que esta pasara el análisis de la Primera Enmienda. La distinción modo y mensaje encierra el antiguo y nunca superado debate sobre lo que debe primar

en el arte si el arte tiene una función cognitiva o emocional y sensitiva, los efectos de esta posición señala Bensazon (2008) son:

Si el arte se refiere a una manera de presentación y percepción cognitiva para una audiencia, entonces las reglas tradicionales de la primera enmienda que protegen principalmente el mensaje cognitivo y prohíben la restricción de los puntos de vista podrían hacer que gran parte del arte tuviese mínima protección de la primera enmienda. (p.16)

Según Bezanson (2008) mucho arte tiene un mensaje cognitivo pero mucho otro no. Existe arte no es más que la expresión de sentimiento o evoca respuestas emocionales en el espectador o escucha. (p.19)

La sentencia (*National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998)*) toca al menos dos puntos fundamentales; el primero consiste en si la previsión de la enmienda de considerar la obscenidad e indecencia de la obra se trata de una discriminación que transgrede la Primera Enmienda, ya sea por excluir una forma de expresión o por su ambigüedad. Para esto se tiene que establecer algunos aspectos, el primero, es la forma en que actúa el gobierno cuando subsidia una obra, si se trata de la expresión del gobierno (government speech) o un acto de regulación de la expresión por parte del gobierno y a partir de ello, sí este trato discriminatorio de la obra obscena está justificado. La respuesta que da la Corte es que el Gobierno actúa como patrón, sin que comprometa su mensaje.

La Corte con anterioridad en el caso *Rosenberger v Rector and visitor*, había anulado el objetivo de una decisión de una universidad pública, de denegar financiación a las publicaciones de los estudiantes que tuvieran puntos de vista religiosos en su editorial, por considerar que la publicación de este tipo de material no compromería la opinión de la universidad, toda vez que se trataba de propiciar la comunicación de los privados y que la exclusión del material religioso se basaba en un punto de vista, bajo este precedente la defensa intentó aplicar lo mismo a la NEA sin éxito, toda vez que para la Corte la naturaleza de los organismos era distinta, el mandato de la NEA es hacer juicios estéticos, y el contenido relativo a la excelencia es un límite que no se aparta del subsidio para el asunto en *Rosenberger*. Más aun, aunque la Primera Enmienda aplica al contexto del subsidio, el congreso tiene un amplio campo para determinar las prioridades del gasto. Señala que en este caso el Gobierno está actuando como patrón más que soberano y las consecuencias de la indecisión no son constitucionalmente severas. Pero lo que finalmente termina legitimando la decisión es que el panel lo conforma un grupo de expertos.

El otro argumento alude a la ambigüedad de lo indecente u obsceno, siendo en efecto lo obsceno un término profundamente ambiguo como lo muestra esta tesis. Considera la Corte, que la sección 954 tiene unos términos que son innegablemente opacos, y si ellos aparecen en un estatuto criminal o proyecto regulatorio, pueden suscitar vagas cuestiones. Esto es indeseable, pero, estos expresamente podrían compeler a dirigir un claro y no prohibido criterio, en el contexto de los premios NEA.

Como una materia parcial, puede conformar su lenguaje a lo que la decisión del crítico de la NEA a la hora de hacer la decisión en orden a lograr el subsidio.

Para la Corte, la NEA es fundamentalmente una entidad que distribuye recursos escasos bajo unos parámetros que por su naturaleza dan lugar a una variedad de criterios estéticos, subjetivos y que implican cierto grado de selectividad, correspondiéndole a los demandantes mostrar que la previsión es inconstitucional, sin embargo a juicio de esta no se demostró que la aplicación de la 954 significara un riesgo sustancial que condujera a suprimir la libertad de expresión, para la Corte la previsión adiciona simplemente consideraciones para el proceso del otorgamiento, que no impiden que se premien proyectos que sean presumiblemente indecentes o irrespetuosos y no establece condiciones para el premio, es decir que el texto del 954 no impone requerimientos categóricos, y tener en cuenta esta consideración hace improbable que se comprometan significativamente los valores de la Primera Enmienda.

La opinión de O'Connor, que es quien delibera en esta sentencia, la reproduce Besanzon así:

Esta dice que la clausula de decencia y respeto no significa necesariamente lo que ella dice; esto es que, esta no coarta en profundidad porque el juicio podría todavía basarse en modo y manera, no punto de vista, podrían haber algunas instancias en decisiones de subsidio inconstitucional, pero la Corte no debe preocuparse por esto, donde el gobierno debe escoger debido a la limitación de los fondos, este debe tener algún campo de operación, y en cualquier evento el gobierno juega un rol histórico de gran patrón de las artes, como los Medicis. El Gobierno no está regulando ni limitando la expresión en las artes, está facilitando y ampliando estas. El gobierno es un patrón que se expresa. (Besanzon, 2008, p.47)

Para Bezason el caso de Finley coloca en discusión temas importantes con respecto a la libertad artística, la primera es sobre qué es considerado arte, así por ejemplo problematiza la consideración de lo artístico con la belleza por encima del contenido y por qué este debe tener un estatus especial.

Para Fiss, el Estado actúa a través de dos formas, el Estado regulador, que impone límites y procesa a quien los transgrede, y el Estado como asignador de recursos. En la práctica estas dos actuaciones del Estado, pueden llevar a los mismos resultados en el mundo artístico, silenciar al artista, estigmatizarlo, etc. La diferencia en entre estas dos acciones se encuentra en que en la forma del Estado asignador es inevitable cierto grado de efecto silenciador. Debido a que los recursos de los Estados son escasos, el artista favorecido potenciará su expresión, mientras que el no favorecido solo tendrá una libertad formal, en el sentido de buscar otros medios para financiarse. Para este autor, si la Primera Enmienda se entiende como un mecanismo para asegurar que el debate público sea vigoroso, exponiendo al público los puntos de vista diversos y conflictivos sobre asuntos de importancia pública, las decisiones de la NEA podrían afectar la Primera Enmienda, desde esta perspectiva el llamado para no financiar obras

obscenas o indecentes estaría en contra de la Constitución, pero no solo este llamado, también el que se refiere a la excelencia artística. (Fiss, 1999)

## 4.2 Inglaterra

Los Estados Unidos cuentan con una marcada separación entre Estado e iglesia, que permitiría esperar que las controversias religiosas del arte no tuvieran un gran impacto. Y como señala Dubin (1992), existirían evidencias que respaldarían esta creencia, como los montajes de Marilyn Monroe sobre la virgen de Guadalupe (p.81). En cambio, en Inglaterra la acusación de blasfemia tenía hasta no hace poco apoyo legal, una ley que data de principios de del siglo XVII, permite que el gobierno británico prohíba “cualquier despreciativo, insultante, grosero o ridículo materia relativo a Dios, Jesucristo o la Biblia que este presentado en indecente e inclemente forma”. Bajo esta ley se procesó al editor de *Gay News*, con nueve meses de suspensión, por publicar el poema titulado “*El amor que se atreve a hablar su nombre*” (The Love that Dares to Speak It’s Name), tras encontrar que presentaba a Cristo como homosexual, y en 1989 se clasificó por el Consejo Británico de Clasificación de Filmes (British Board of Film Classification), la película *El Éxtasis de Santa Teresa*, basada en la escultura de Bernini y los escritos de Santa Teresa, como violatoria del edicto y se prohibió su presentación en teatros o videocassettes. La película mostraba las fantasías sexuales de Santa Teresa de Ávila, que incluían besos y carisias a Jesús, dentro de una moderna tendencia por parte del realizador de explorar los temas carnales sugeridos por la religión (Dubin, 1992, p.82). Estos casos llegaron a instancias internacionales, al ser discutidos por el TEDH, como se señaló en el segundo capítulo de la primera parte de esta tesis. Algo similar ocurrió cuando la Iglesia de Irlanda trató de prohibir la obra “*Colgando al presidente*”, una obra sobre el apartheid en Sur África que incluía relaciones homosexuales en prisión. Según Dubin (1992), un periódico londinense llamó la atención de miembros del parlamento para que decretara la “prohibición a la mala representación del sexo gay (Ban Evil Gay Sex Play)”, y los productores se inquietaron cuando consideraron llevar de Nueva York a Londres la obra “*Spunk*” que traduce “agallas” escrita por Zora Neale Hurston, debido a que su título resultaba embarazoso, ya que “Spunk” en Inglaterra se usa para significar semen.

Esto lleva a concluir a Dubin (1992), que en Inglaterra existen fuertes prohibiciones sobre ciertas formas de material con contenido sexual, así:

Regulaciones como el Acta de Publicaciones Obscenas y el de Ofensas contra las personas de 1861 han sido usadas para restringir material gay, como una extensión del subtítulo que revisa la contemporánea situación dice: erecciones fuera de ley, videos no existen. Esta es una sociedad que fue simultáneamente divergente con la serie llamada “Heil cariño, estoy en casa” sobre la vida familiar de Hittler, Eva Braun y sus vecinos. Mientras estos últimos ejemplos no denotan ostensiblemente a la iglesia, ellos demuestran la

ambigüedad de una cultura donde la iglesia y el Estado están cercanamente alineados. (p.82)

Otro gran escando que involucra oriente y occidente tiene que ver con el escritor Salman Rushdie y su novela *Los Versos Satánicos*. El libro se publicó en Inglaterra, patria adoptiva de Rushdie, en 1988 por Viking Penguin, e inmediatamente muchos países musulmanes comenzaron a vetarlo (India, Pakistan, Egipto, y Arabia Saudi entre otros). Rushdie es un personaje bastante particular, para algunos es un ejemplo de la situación de marginalidad del inmigrante que no logra asimilarse a ninguna de las culturas, tanto la que deja como a la que llega. Rushdie dejó Pakistan para educarse en el Rugby School de Inglaterra, luego de su graduación en Cambridge intenta regresar a su lugar de nacimiento pero no logra reasimilarse por lo que regresa a Inglaterra donde inicia su carrera como escritor (Dubin, 1992, p.84). Desde el inicio sus escritos fueron controversiales, pero el más atacado sería *Los Versos Satánicos*, se trata de una fantasía mezclada con historia musulmana, en Rushdie se mezcla lo obsceno y lo blasfemo, así una escena transcurre en un burdel, donde las prostitutas toman el nombre de la esposa de Mahoma para aumentar su negocio, y otra serie de polémicas insinuaciones más hacia lo puramente blasfemo, como insinuar que el Corán fue escrito por Mahoma mismo, sin inspiración divina (Dubin, 1992, p.85). La consideración de Dubin es pertinente en el sentido que dentro de las religiones monoteístas, la que más rechaza las artes plásticas es el islamismo, prohibiendo la representación de humanos y animales en los lugares de adoración y existía antes del incidente de Rushdie, muestras de rechazó, así por ejemplo en 1950's una edición de la revista Life fue prohibida por representar a Mahoma; embajadores de varios países islámicos lograron remover una estatua del profeta ante la división de apelaciones de la Corte de Nueva York (Dubin, 1992, p.85). En Inglaterra hubo alboroto sobre la producción Libano-Británica de un film llamado "*Mahoma, mensajero de Dios*", aunque el profeta no sería representado en pantalla, fue rechazado por grupos, y se contó con la aprobación de un grupo de estudiosos musulmanes, finalmente la película fue estrenada pero recibió críticas negativas. A esto se suman otra serie de incidentes en el mundo árabe que Dubin señala y que omitiré por ocurrir en países diferentes a los de nuestro interés.

*Los Versos Satánicos*, prendieron la controversia en países que luchaban para proteger su pureza teocrática, o para consolidar su poder en situaciones políticas complejas, en Iran donde la guerra con Iraq había tenido efectos desastrosos, en Egipto fue prohibido previniendo una nueva guerra entre islámicos y cristianos que en el pasado habían ocasionado la muerte del presidente Sadat en 1981, aunque este mismo gobierno ya había arrestado a Allaa Hamed, autor de "*El vacío en la mente humana*" que contenía al igual que *Los Versos Satánicos* apartes insultantes para los musulmanes. (Dubin, 1992, p.86)

Algunos musulmanes británicos pidieron al gobierno extender la mencionada ley antiblasfemia a otras religiones además de la cristiana. Luego de más de un año, la Corte Suprema Inglesa sentenció que el Islamismo no está contemplado en la misma salvaguarda que el Cristianismo, y los cargos de blasfemia y sedición fueron inaplicados

a *Los Versos Satánicos* (Dubin: 86). Se trató como señala Dubin, de una decisión difícil toda vez que de un lado la negativa puede interpretarse como una exclusión de los musulmanes dentro de la sociedad británica, y aceptar el cargo abriría la posibilidad de que los demás grupos religiosos conservadores demandaran igual protección, la decisión finalmente restringe el uso del acta en contra de la libertad de expresión, pero a costa de un sentimiento de injusticia por parte de grupos marginalizados en Inglaterra (Dubin, 1992, p.87).

Para Kearns lo que interesa de este caso es:

La revelación de la opinión de que una actitud expresada por un medio artístico, como una novela, no está necesariamente exenta de ser juzgada blasfema, únicamente por su calidad artística, porque la opinión es puesta en un personaje. Esto en palabras de Kearns expresa la ignorancia sobre la autonomía ontológicamente implícita en la voz del arte, y la autonomía del arte como una distintiva, reconocida, e independiente categoría cultural. Si una publicación es redactada en un decente y templado lenguaje, bajo el actual derecho Inglés esta no puede constituir blasfemia en el sentido legal. ¿No hay una declaración artística en una novela en un orden inherente, o hermético efecto, ambiente? El arte ofrece en sí mismo su contexto y este no puede imponerse. Este es pasivo, listo para ser activado únicamente por sus lectores. Más aún, cuando la obra artística es escrita, esta deja de pertenecer al escritor y pertenece ahora al público. Es virtualmente imposible discernir las creencias cotidianas de un autor de la su voz o mensaje en un novela, donde este último es implícitamente artificial. De un texto sagrado, no podemos deducir nada sobre cómo debemos específicamente lidiar con el arte que presuntamente contiene imágenes irreligiosas o mensajes.

Lo que muestra el escenario de Rushdie, en el contexto de *R v Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex Parte Choudhury*, es que el poder del mundo artístico es recibido como si fuera más poderoso que una simple sentencia literal. Arte y poder no son usualmente mencionados en la misma frase, como lo son, por ejemplo, arte y dinero. Nuestros escritores creativos tienen una responsabilidad particular en el mundo postmoderno, donde arte como un subconjunto de intereses sociales puede ganar preeminencia. Lo que parece haber sido desechado en el camino es la simbólica relación del arte tradicional con la vida, y con esta nosotros estamos perdiendo la asociación del arte con la magia y mística, y otros procesos mucho más subliminares que las de hecho, niegan la comprensión literal. (Kearns)

La película “*Guerrillas internacionales*”, que mostraba a Rushdie como líder de un grupo judío terrorista internacional en contra del Islamismo, quien muere al final de la película producto de una bola de luz enviada por Dios se prohibió su distribución en Inglaterra como potencialmente difamatoria. (Dubin, 1992, p.87)

#### **4.2.1 Aretes con fetos humano**

Richar Norman Gibson como artista, creó una obra titulada “*Human Earrings*” (*R v Gibson and another* (1991)1 All ER 439) , consistente en la cabeza de una modelo

adornada con un par de aretes, cada uno elaborado con fetos humanos de tres o cuatro meses, sometidos a un proceso de liofilizado. Los aretes se expusieron junto a otras obras en la Young Unknow's Gallery in The Cut, ubicada en una cuadra de tiendas y con entrada abierta al público. El artista y el organizador Sebastian Sylver, fueron advertidos sobre los resultados que podría generar la exposición, y tanto la prensa como la policía estaban a la espera antes de que la exposición abriera.

Inglaterra cuenta con una serie de legislaciones con disposiciones que prohíben la exhibición de material indecente pero que excluyen específicamente su aplicación en exposiciones en galerías y museos, como el Acta de Vagancia de 1824 y 1838 y el Acta de Propaganda Indecente de 1889, por lo que no fueron aplicadas al caso, teniendo que acudir al common law.

Creador y organizador fueron acusados de ultraje a la decencia pública. El abogado fue el celebré Geoffrey Robertson, que cuentan con un conocido libro sobre obscenidad y sobre la libertad de expresión en general, realizó la defensa señalando que la Corona requería probar *mens rea* que mostrara que los acusados habían querido ultrajar la decencia pública o al menos que habían tomado el riesgo consciente de hacerlo. Lord Lane citando el famoso R v Hicklin (que ya estudiamos por dar lugar al primer test de obscenidad) y el caso R v Lemon (que no analizamos por tratarse de blasfemia), llega a la conclusión que no se requería *mens rea* ya que el delito era de aquellos de responsabilidad objetiva, así mismo es poco probable que en estos casos se crea que no se tuvo esa intención así el acusado lo señale. El segundo argumento, fue que el jurado no había considerado el elemento de la publicidad de la ofensa, que fue rápidamente rechazado debido a que Gibson indudablemente había invitado al público a asistir a la galería a ver la exposición. Los argumentos relevantes consistieron en que el Acta de publicaciones obscenas de 1959 (OPA) señala que “una personas no puede ser procesada por una ofensa del common law donde la esencia de la ofensa consista en que el material es obsceno”, si la esencia de la ofensa de ultraje a la decencia pública es que la cuestión es obscena, la persecución podría ser prohibida bajo esta Acta.

La primera cuestión a resolver para Lord Lane es si se el ultraje a la decencia publica es un delito del common law, remitiéndose a lo dicho por Lord Simon en el caso R v Knuller, que “instaura” esta ofensa al señalar: “Pienso que las autoridades establecen que es una ofensa indeseable decir o exhibir cualquier cosa en público que ultraje la decencia pública, sin importar o no que esta tienda a corromper y depravar a quienes la ven o escuchan”. Pero realmente el punto no es, si existe, sino cuál es el significado de la palabra “obsceno” en la sección. Hay dos posibilidades, la primera es el amplio significado de la palabra en el uso de todos los días y en algunos estatutos, en el sentido de ser una grave violación a los estándares reconocidos de decencia teniendo tendencia a la corrupción moral o su apariencia indecente o su tendencia a generar asco, repugnancia o indignación. Si este es el significado correcto, la persecución es claramente prohibida, porque la esencia de la ofensa es la tendencia del artículo a generar repulsión, desagrado o indignación. La segunda interpretación posible, es la que se encuentra en el Acta misma de 1959 y que constituye el test de obscenidad que

establece: “Para los propósitos de esta acta un artículo debe ser considerado obsceno si su efecto o (donde el artículo comprende dos o más elementos) el efecto de alguno de sus objetos es, tomado como un todo, sea de aquellos que tiendan a depravar o corromper las personas que son susceptible, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, de leer, ver, o escuchar el contenido principal que encierra este”.

Par el juez, existen dos grandes ofensas que envuelven obscenidad. De un lado, las que envuelven corrupción de la moral pública, y de otro lado y distinta a la primera, aquellas que envuelven un ultraje a la pública decencia, aun cuando la moral pública no esté envuelta. Y se remite a la sentencia Knüller donde Lord Morris dijo: “En el presente caso sería suficiente con un cargo. Pero la concepción de los dos cargos es diferente. El cargo uno allega la intención de libertinaje y corrupción. El cargo dos se produce no solo a si las personas pueden ser corrompidas pero sí cuando la decencia de los miembros del público puede ser ultrajada. Esto para observar que no está sugiriendo que la publicación de un anuncio en un magazine se pueda decir que está justificada para el bien del público, debido a que la publicidad buscaba el interés de la ciencia, la literatura, el arte o el aprendizaje de otros bienes de interés general. A pesar de las garantías dadas a la Cámara de los Comunes en 1964, se refería a un cargo de conspiración para corromper la moral pública e instituido con la seguridad de que podría ser claramente aplicado en referencia con el cargo de conspiración o ultraje a la decencia pública”.

El Acta de Publicaciones Obscenas de 1959 ha ejercido gran influencia en el mundo artístico y literario. Esto fue previsto por la s. 4 del Acta que establece una defensa particular de cualquier persona de publicar material obsceno, siempre que la publicación estuviera justificada, o pudiera justificarse, como existiendo para el interés público. Lord Lane concluyó que el Acta fue solo establecida para prohibir la persecución en el common law del tipo de ofensas que “depravan y corrompen”. La sección 2(4) no precluye la persecución basada en que la ofensa desagrada o la naturaleza chocante del artículo. Como resultado el juez puede legalmente establecer que su moral ha sido degradada o corrompida por una obra de arte, aun cuando es en bien del público, ya que esta puede ser chocante, desagradaba sin importa que pueda ser para el bien público.

Según Lewis en este caso el ultraje de la decencia pública fue por primera vez extendido para cubrir la expresión artística, lo que crea serias inhibiciones para la libertad artística, ya que el motivo de la exhibición es irrelevante, y no se puede usar como defensa la del bien público. Tampoco hay lugar para que la Corte se detenga en el mensaje de la obra. (Lewis: 2002)

En este caso para Kearns, la Corte ignoró del todo el que se trataba de arte, lo que constituye una importante omisión para los interesados en el arte. Lo cual tiene explicación debido a que el Acta de Publicaciones Obscenas de 1959 hace una defensa el bien público con base en el mérito artístico, mientras que el crimen de ultraje del common law no establece esta salvaguarda, por lo que si se trata o no de un objeto de arte es irrelevante en el contexto del crimen. De manera sorprendente en este caso, la Corte sigue el antecedente de R v Lemon sobre blasfemia, en cambio del Knüller v

D.P.P. donde sí se había tratado el tema del ultraje público con más centralidad. Knüller involucra razones más liberales que Lemon, con énfasis en la tolerancia a las minorías, donde esta tenga lugar, lo que incluye expresiones artísticas, como en grupos. El camino tomado por la justicia en este caso subraya la falta de entendimiento que la justicia tiene del arte. Sobre todo lo que extraña Kearns es un entendimiento de la importancia cultural del arte, para este autor, la Corte debió considerar lo siguiente:

“El arte, en virtud de su esencia intrínseca, puede ser chocante. Algunos sostienen que para que algo sea arte debe causar shock. Una Corte ilustrada podría ver que si miembros del público entran a la galería, ellos pueden esperar ser sorprendidos (en el sentido sicológico, estético, contemplativo, del contexto artístico reflejo de arte en cuanto arte). El ultraje no puede resultar a menos de que el acercamiento a la obra de arte sea incorrecto (sin una actitud artísticamente centrada). Una actitud equivocada a este arte puede difícilmente ser considerada una falla del artista. El no debe ser responsable por los efectos de su arte cuando este no es tratado como arte, este es el corolario aceptablemente establecido en distintivo *modus operandi* del arte. El artista es el núcleo del mecanismo del arte y no se puede esperar que este por fuera de este, cuando implícitamente es su corazón, en orden a precaver o anticipar reacciones ignorantes a su obra de arte. La dimensión apreciativa del arte por parte de los miembros del público impide respuestas inapropiadas al arte, pero esta facultad no está universalmente activada, probablemente debido a lagunas en nuestra educación sobre apreciación del arte. Pero el artista no debe proveernos esa educación. Por esta consideración, que prevalece sobre la impresión general de los jueces, el jurado no puede ser inconsciente a la forma en que el arte difiere de otros hechos. No se puede castigar a la artista por una ignorancia que no es suya” (Kearns, 2000: 151).

No creo que el impacto de la obra transgresora sea producto necesariamente de la ignorancia del público, en algunos casos su reacción se puede deber a posiciones conservadoras o como sugiere Kearns, a una descontextualización de la obra, pero en otras ocasiones el arte busca este efecto chocante y lo logra, ahora bien haría falta un verdadero ataque a la persona o un peligro a los valores sociales, para comenzar a hablar de las responsabilidades del arte.

### 4.3 Colombia

El arte en nuestro país parece no haber alcanzado el nivel de popularidad necesario para que sea visto como peligro frente a lo sexual y otras aéreas distintas a la política donde sí se puede hablar de una censura Estatal. En épocas de grande represión, cuando se ha presenta un movimiento artístico transgresor, la manera de hacerle frente fue por medio del encarcelamiento por motivos sediciosos o de orden público, más que desde una visión que considere su comportamiento como una obra

artística; me refiero en específico al caso de los nadadistas, quizás el único ejemplo de movimiento transgresor en Colombia. Algunos de sus miembros pasaron temporadas en la cárcel producto de acciones contra la iglesia que con justicia se pueden considerar parte de su creación artística.<sup>38</sup>

Cuando se lee la obra de Alvaro Robayo y se intenta observar, cuál ha sido el interés de los artistas transgresores por lo obsceno, se evidencia que posiblemente este es nulo, estos artistas han sido transgresores desde otras temáticas, solo en el caso de Beatriz Gonzales y de Debora Arango, se encuentran algunos desnudos, escasos y sin una intensión sexual, así por ejemplo, de Debora Arango que cuenta con varios desnudos nos dice Robayo (2001):

Es fácil deducir al verlos que han sido pintados por una mujer: carecen de la carga de erotismo con la que espontáneamente los trataría un hombre. No insisten en la gracia de la curva, ni en la suavidad de la piel, ni en el abandono total que asume el cuerpo de mujer ante la presencia del hombre amado o deseado. Lo que no excluye que con frecuencia retrate mujeres de gran hermosura. (p.29)

El comentario de Robayo tiene una carga sexista, que atribuye a la visión femenina del cuerpo de la mujer cierta candidez, lo cual se desvirtúa fácilmente si se observa por ejemplo el éxito de algunas mujeres como creadoras de hard-core, pero más allá de esto, la idea de que los desnudos en la obra de Debora Arango, carecen de carga erótica y están lejos de generar cualquier reparo sobre obscenidad, es cierta.

En el caso de Beatriz Gonzales el desnudo no fue nunca central en su obra, y su famoso autorretrato desnudo, refleja verdad y vulnerabilidad antes que sensualismo, de este cuadro nos dice Robayo (2001):

Asume Beatriz González con esta obra esa desnudez total que permite sacar a la luz la verdad sin tapujos, sin ocultar el paso de los años ni ninguna imperfección física. Y, en este caso, la verdad de la desprotección y de la pena que soportan estas madres y que mediante la desnudez la artista valerosamente quiere simbolizar, porque esa desnudez permite, al mismo tiempo, su identificación con aquellas mujeres tan pobres...". (p.72)

De manera que al menos en estas dos artistas transgresoras, que cuentan con desnudos no existe un acercamiento a lo obscenidad.

Lo que si existe por supuesto y de manera reciente, es cierta articulación de lo que se llama el derecho del entretenimiento para adultos, y que esconde también el peligro del que ya Barendt hablaba de incluir lo artístico. Los pronunciamientos relativos a

---

<sup>38</sup> Gonzalo Arango en 1959 estuvo preso en la cárcel de la Ladera, en Medellín, por sabotear con bombas fétidas el Congreso de Escritores Católicos, reunido en la Universidad de Antioquia y Darío Lemos, Eduardo Escobar, Jaime Espinel y Diego León Giraldo, también pasaron una temporada en la cárcel por dejar caer una hostia la piso en la Catedral Metropolitana. (ver revista Semana, N° 1.374, septiembre 1 de 2008. 50 años no es nada)

la obscenidad se han dado en medios masivos de comunicación donde si se ha evidenciado este peligro.

Como ya se señaló, en Colombia desde los ochenta cuando se eliminó el delito de obscenidad, no se usa este termino en las legislación (con excepción del Código Nacional de Policía), de manera reciente la Corte Constitucional volvió sobre el termino en una sentencia que analizaremos adelante, sin embargo sí ha habido una asimilación de concepto de pornografía.

En los años ochenta Jorge Yarce, editor de la revista ARCO, hizo un resumen de las normas sobre pornografía del momento, y señaló que ante la omisión del legislación penal al respecto, la única regla aplicable era la Ley 47 de 1933, que aprobó la Convención Internacional de Ginebra del 12 de septiembre de 1923, que establece en el artículo 1:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a adoptar todas las medidas conducentes a descubrir, perseguir y castigar a toda persona que se haga culpable de cualquiera de las siguientes contravenciones, y en consecuencia convienen en que se considerarán actos punibles los siguientes: (1) Hacer, producir, o poseer, escritos dibujos, impresiones, pinturas, impresos, cuadros, carteles, emblemas fotografías, películas cinematográficas, de carácter obsceno, o cualquiera otros objetos obscenos, con fines o por medios comerciales, o para exhibirlos al público; (2) Con iguales fines o por iguales medios, importar, transportar o exportar, o hacer importar, transportar o exportar, cualquiera de dichos objetos o cosas obscenas, o ponerlas en circulación en cualquier forma que fuere; (3) Ejercer, o participar en negocios, sean públicos o privados, relacionados con cualquiera de dichos objetos o cosas obscenas, o negociar en dichas cosas u objetos en cualquier forma que fuere, o distribuirlos o exhibirlos públicamente, o ejercer el negocio de darlos en préstamo o alquiler; (4) Anunciar o hacer saber en cualquier forma o por cualquier medio que fuere, con el fin de cooperar a dicha circulación o comercio punible, que tal o cual persona se ocupa en cualquiera de tales actos, punibles; o anunciar o hacer saber cómo o de quién pueden obtenerse dichos objetos cosas obscenas, ya sea directa o indirectamente. (Yarce, 1986, p.22)

Por medio del Decreto 1738 del 17 de junio de 1964, se creó el Consejo de Programación del Instituto Nacional de Radio y Televisión, que realizaba el control de calidad moral de los contenidos de televisión. Pero en los primeros tres años el Consejo no se nombró, estando la decisión de los programas o películas que se transmitían en televisión a cargo de Inravisión. (Yarce, 1986, p.23)

En Radio, el Decreto 2058 de 1975, establecía en el artículo 27: “No serán materia de transmisión los hechos constitutivos de delito contra la familia o contra la libertad y el honor sexuales”. El artículo 2 de la Ley 74 de 1966, establecía que “En los programas radiales deberá hacerse buen uso del idioma castellano y atenderse a los dictados universales del decoro y el buen gusto”. El autor señala sin embargo que en los ochenta no se encontraba ninguna disposición relacionada con radio que prohibiera expresamente la obscenidad y la pornografía. (Yarce, 1986, p.23)

En materia de correos, Colombia había suscrito el Convenio Postal de Lausana (1979), que en el artículo 36 numeral 4 sobre las prohibición incluye: “e) los objetos obscenos e inmorales; f) los Objetos cuya importación o circulación esté prohibida en el país de destino”.

En los ochenta no existía una legislación sobre publicidad, solo legislaciones a nivel de alcaldías, en Bogotá el Decreto 694 de 1968, 1040 de 1968 y 611 de 1969, reglamentan las vallas en sus aspectos técnicos pero no hacen referencia a las normas de decoro y moral.

En materia de cuñas comerciales aunque no existía estatuto, varias entidades (Anda, Asomedios, Ucep, Diriventas etc), aprobaron el Código de regulación publicitara que establecía: “Artículo 1. La publicidad debe ser decente, honesta, verdadera, y ajustarse a las normas legales”. En la visión de este autor sobre el estado de la pornografía en los diferentes medios de comunicación, señala que se produce una escalada de pornografía en el cine actual y “excepcionalmente se ataja la exhibición de algún filme muy escandalosos que ha sido sometido a la aprobación del Ministerio de Comunicaciones, que tiene facultad para ello”. (Yarce, 1986, p. 25)

En Televisión, el Acuerdo 51 de 1982 de Inravisión señalaba en su artículo 20: “Por los servicios de televisión no serán transmitidos: b) los programas con informaciones o imágenes obscenas, menciones o imágenes injuriosas o denigrantes, gracejos ofensivos para individuos, entidades o presiones, palabras de doble sentido, alusiones que tiendan a menguar la dignidad de las personas o el respeto a las autoridades civiles, militares o eclesiásticas nacionales o extranjeras”.

Todo esto, lleva al autor ha hacer un llamado al gobierno, los medios, estudiosos, grupos cívicos, etc., para que se apliquen los correctivos para hacerle frente al fenómeno de la pornografía en el país. (Yarce, 1986, p.ps. 33 y ss.)

Analicemos la definición de pornografía que ofrece nuestra legislación actual, el Decreto 1524 de 2002 define pornografía infantil como “ toda representación, por cualquier medio, de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”, una definición que parece excluir los medios escritos, ya que el termino representación se refiere a lo visual y podría ser bastante amplia si pensamos que muchos artistas han tenido problemas por fotografiar niños desnudos en otros países, y que los fines no necesariamente los da la obra sino el espectador, la pornografía es algo que sucede principalmente en la mente del espectador.

En la sentencia sobre el programa “El Mañanero”, por primera vez la Corte Constitucional, tiene que referirse a las limitaciones de la expresión obscena, y para ello debe concretar el concepto de lo sexualmente explícito, la Corte Constitucional señala que:

El concepto de lo sexualmente explícito abarca múltiples fenómenos, desde en un extremo, un chiste inocente hasta, en otro extremo, la pornografía con violencia. Por eso, los

criterios sobre pornografía no son automáticamente trasladable a toda expresión sexualmente explícita, ya que las características de la pornografía y la obscenidad permiten distinguirla. Además, en el derecho comparado al abordar este tema se ha subrayado la diferencia entre imágenes, es decir, el lenguaje visual, y palabras, o sea lenguaje verbal, dado que en lo que respecta a lo sexualmente explícito, una cosa es una imagen visual (i.e. escenas que muestran órganos sexuales) otra bien distinta una palabra que denomina el objeto de la imagen (i.e. el vocablo empleado para nombrar los órganos sexuales). Adicionalmente, el contexto dentro del cual se emite cierta expresión sexualmente explícita también es relevante, en la medida en que el significado y la connotación de la misma expresión varían según el ámbito en que ésta sea recibida. Así, cierta expresión sexualmente explícita comunicada en un contexto académico o artístico puede ser recibida de manera diferente a si ésta misma expresión se emite en un contexto publicitario. Incluso imágenes idénticas tienen alcances diversos dependiendo del contexto en que sean exhibidas, v.gr., una fotografía de un desnudo completo expuesta en una galería y la misma fotografía empleada como base de una propaganda comercial.” (Sentencia T-066/98)

Con esta salvedad que hace la Corte, se desvirtúa el concepto de pornografía del Decreto 1524 de 2002, que hablaba de *toda representación* de un menor dedicado a actividades sexualmente explícitas, y específicamente expresa que lo sexualmente explícito es propio de la imagen, lo cual muestra como ya señalaba Amy Adler, en relación con Norteamérica, en que se desconfía principalmente de la imagen a la que se relaciona con el comportamiento, y lo escrito se relaciona con el pensamiento. La Corte también habla del contexto en que la expresión tiene lugar, y señala que el contexto artístico podría excluir lo obsceno de la expresión, habría que preguntarse qué es el contexto artístico, ya Dubin nos advertía cómo la justificación para lo obsceno en el arte, era del tipo él o ella es un artista luego lo que hace no es pornografía sino arte; también podría preguntarse si deja una obra de ser artística por estar en un contexto comercial, el arte tanto al apropiarse de lo popular como al buscar nuevos medios de exposición distintos al museo no responde a esta idea de un contexto artístico. Lo que muestran todas estas precisiones es la idea de arte que reivindica la Corte en esta sentencia, sigue siendo la de alta cultura, que en nada se relaciona con el arte postmoderno.

El artículo 15 del Acuerdo 17 de 1997 de la CNTV<sup>39</sup>, establece como pornografía la presentación degradada del sexo, que está prohibida en todas las franjas. Con relación a este significado le correspondió al Consejo de Estado, resolver una disputa entre la CNTV y un canal, en relación a si los comerciales sobre líneas calientes que se transmitían en el horario para adultos (después de las 9:30 pm) eran o no pornografía. La Corte se remite a lo señalado por una comisión de expertos que reúne la propia CNTV, que expresaron:

Es importante señalar finalmente que las tomas que muestran las distintas cuñas si bien es cierto no tienen un valor estético en la medida en que son monótonas y poco creativas

---

<sup>39</sup> “Por el cual se reglamentan los contenidos de violencia y sexo en los programas de televisión y se dictan otras disposiciones”.

**tampoco son pornográficas** (destaca la Sala) en la medida en que **no caen en una presentación degradada del sexo ni destruyen valores personales o sociales.** (Destaca la Sala). Ni siquiera la cuña con referencia enfermera cuya sinopsis se presentó anteriormente y que como se señaló anteriormente, es la más insinuante de todas, tiene una carga pornográfica. Esta última se caracteriza por el carácter obsceno de sus representaciones presentando la sexualidad de manera cruda y degradante.

Esta valoración sobre lo artístico expresa de igual manera toda una visión de lo estético, que se supone estos comerciales no representaría. La sentencia cuenta con un salvamento de voto del Magistrado Camilo Arciniegas, donde señala que lo que envilece al sexo es el dinero, y dado que en este caso se paga por estímulos eróticos verbales, se trata de pornografía a si sea tan solo su promoción. Es interesante esta visión ya que lo mismo se podría decir del arte que cada día adquiere más comercialización.

En el 2001, Caracol Televisión fue multada con once millones de peso por la CNTV, por presentar el 10 de Septiembre de 1999, en la sección de noticias de las 9:30 de Viena Ruiz, escenas de la película *¿Ojos Bien Cerrados?* de Stanley Kubrick, que mostraban una orgía. La película había sido clasificada por el Comité de Películas del Ministerio de Cultura en la categoría mayores de 18 años y no en película X. En esta oportunidad la CNTV señaló que la clasificación que se hace para las salas de cine, pueden ser tenidas como referencia para televisión pero no es aplicable para el medio de la televisión, que se rige por normas propias y la clasificación de cine correspondió a la película completa, mientras que acá se trata a un fragmento de la misma. Esto sugiere que en estos órganos de clasificación, se están siguiendo unos parámetros que deberían ser constitucionalmente evaluados e incluso estandarizados, y no simplemente dejados a unos comités que contratan ellos mismos los expertos en quienes se basan sus sentencias.

La Ley 98 de 1993, para el fomento del libro en Colombia señala que no entran en el concepto de libro: los horóscopos, fotonovelas, modas, publicaciones pornográficas, tiras cómicas o historietas gráficas y juegos de azar. Además de no definir pornografía, la posición de esta ley frente a la historieta ha sido criticada<sup>40</sup> y recientemente la Corte Constitucional la declaró inconstitucional en lo referente a este género.

El artículo 44 del Decreto 522 de 1971 Código de Nacional de Policía, establece en su artículo 44 como contravención que afecta la moral pública, “El que en sitio público o abierto al público ejecute hecho obsceno, incurrirá en...”. Se trata tal vez del único reglamento vigente que incluye la palabra obsceno, y cuyo significado en **CONCEPTO 2000-0195, del Comandante de policía Arcadio Rodríguez**, se señala: “el hecho se considera obsceno cuando atenta contra los valores culturales y morales de manera que ofenda el pudor de las personas o que hiera su sentir, por lo que el hecho en sí les

---

<sup>40</sup> Ver El Espectador, 23 de Abril de 2012 Manuel Drezner. Alarma por la ley del libro. Publímetro 14 de Marzo de 2012, Pablo Francisco Arrieta. M.

suscita en su interior. Estos hechos por lo general tienen un contenido sexual.” y manifiesta que orinar en la vía pública en presencia de personas, es un hecho obsceno.

En varias páginas de internet de empresas de correos colombianas, se señala entre los objetos postales prohibidos, la pornografía, sin embargo si se observa la Resolución 3038 de 2011 que corresponden al régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los servicios Postales en su artículo 14.3, no se señala explícitamente que la pornografía sea uno de estos objetos, lo que sí establece es que están prohibidos los objetos cuyo transporte este prohibido por la Ley, y dentro de ellos estaría, la pornografía infantil que se encuentra totalmente proscrita en nuestro país, entonces no es claro el por qué estas empresas postales informan que la pornografía en general es un objeto postal prohibido.

La ley 679 de 2001 se encarga de reglamentar lo relacionado a la pornografía infantil y el turismo sexual de menores, que es un objetivo fijado por el artículo 44 de la Constitución, la ley se encarga de establecer limitaciones para los administradores y usuarios de las redes globales de información frente a este tipo de material, también establece un impuesto para los establecimientos de comercio que alquilen videos de clasificación X del 5% sobre el valor de cada video, con destino a la financiación de planes contra la explotación sexual y la pornografía de menores de edad; así mismo contiene una prohibición aduanera de cualquier tipo de material pornográfico en el que participen menores de edad, o se exhiban actos sexuales con menores de edad<sup>41</sup>; y por supuesto modificaciones a la ley penal.<sup>42</sup>

Como se observa, los esfuerzos del Gobierno por regular lo obsceno, se han dirigido a controlar de alguna forma la pornografía en medios de comunicación, en lo que tiene que ver con los límites a la libertad de información, nos encontramos con una serie de conceptos discrepantes, cada comité o autoridad que de alguna forma se relaciona con la pornografía emite un concepto personal y sin rigor sobre lo que se está prohibiendo, lo único en lo que coinciden es que se trata de algo relacionado con la sexualidad, muchas de estas concepciones de alguna manera incluyen el criterio artístico, pero entendido de una manera de alta cultura, ya sea que se considere un “contexto artístico” o una valoración estética.

---

<sup>41</sup> Artículo 30

<sup>42</sup> Artículo 312A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con éstos, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de doce (12) años.

Específicamente frente a una línea jurisprudencial de la libertad artística, en su escasa jurisprudencia al respecto, la Corte Constitucional cuenta con una sentencia en específico, la sentencia T-014 de 1996, en el caso del artista Celso José Castro Daza, quien en 1995 le solicitó al director del Instituto de Cultura y Turismo de Valledupar, autorización para exhibir algunas de sus obras en la sala de exposiciones del Instituto. El director al observarlas luego de instaladas, ordenó descolgar quince de ellas, por considerarlas pornográficas y contrarias a la moral predominante en la región, y carentes de valor artístico. La Corte, describe la exposición como fotografías que hacen alusión al erotismo, que muestran hombres desnudos en varias actitudes y contextos, la Corte luego de comprobar que en el municipio nunca se había aplicado el reglamento para la selección de exposiciones, comienza por delimitar el contenido de la expresión artística, un derecho que por primera vez fue bautizado en nuestro país con esta sentencia; antes de esta sentencia habían pronunciamientos principalmente sobre obras literarias donde se recurría a la libertad de expresión, pero nunca se había hecho referencia una libertad de expresión artística en específico, es decir que es un derecho que nace en nuestro país con esta sentencia, no porque el arte no hubiese sido protegido antes, como lo muestran las sentencias anteriores que se referían a temas artísticos frente a cargos de difamación, sino porque se le da un nombre, y más aún se la comienza a establecer un contenido (por ejemplo la sentencia SU 056/96, que la Corte recoge, reconocía que la libertad de expresión puede asumir la forma literaria u artística). Se dice entonces que la libertad artística es un género de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 constitucional, que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, por lo que es amparado mediante la acción de tutela. La explicación de este estatus está, en que “la expresión artística constituye el medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad, amparado en el artículo 16 superior. Por esta vía se hace efectivo el deber impuesto al Estado, de promover y fomentar la creación de la identidad nacional a través de la cultura”, es decir que la justificación que prima es la de la autonomía y no la de intercambio de ideas, o el argumento democrático. Siguiendo con la delimitación de este derecho se señala, que esta libertad artística comporta dos aspectos diferenciados: el derecho de las personas a crear o proyectar artísticamente su pensamiento, y el derecho a difundir y dar a conocer sus obras al público, frente al contenido de estos aspectos se señala:

El primero de ellos, dado su alcance netamente íntimo, no admite restricción alguna, aparte de las limitaciones naturales que la técnica escogida le imponga al artista, y las formas de su propia capacidad para convertir en realidad material (pintura, escultura, cuento canción, etc.) lo que previamente existe sólo en su imaginación. Cualquier acto, particular o de autoridad, que pretendiese poner freno al desarrollo del impulso vital del hombre creador, constituiría una afrenta a su dignidad humana. Así, la libertad para proyectar en objetos materiales una idea en tanto pertenece a la esfera privada del individuo, es absoluta; dicha libertad se predica respecto del contenido significado o mensaje de la obra, así como del medio para su manifestación plástica, es decir, de la técnica.

Las autoridades de la República, entonces, no están llamadas a imponer restricciones en la elección que el artista haga de la técnica a través de la cual pretende expresar su arte, ni

pueden legítimamente determinar el contenido de una obra, pues cualquier limitación en estas materias vulneraría la esencia misma del derecho... la segunda libertad ínsita en el derecho a la libre expresión del arte –la de dar a conocer las obras creadas- surge de la aplicación del artículo 20 de la Carta, arriba citado. Es consecuencia necesaria de este precepto, que toda persona tiene derecho a competir en igualdad de condiciones por un acceso a los medios públicos de difusión, para dar a conocer sus obras, así como tiene derecho la comunidad a apreciarlas y escoger libremente aquellas que considere dignas de su aprobación y rechazo, sin que dicha elección esté viciada por la previa imposición o censura que haga el Estado de determinada concepción estética.” (Sentencia T-014/1996)

Frente a los límites de esta libertad, se sostiene que mientras que existe una libertad absoluta del artista para crear cualquier obra posible, los límites se darían frente al derecho a difundirla. El límite estaría en deber genérico que tiene toda persona de no abusar de sus derechos en detrimento de los derechos de otros. Se señala entonces que no se puede obligar a alguien a ver su obra, o exigir a un propietario privado que estas se expongan sin su consentimiento. Tratándose de medios oficiales de difusión, se debe someter a una autorización previa, que cumpla con los criterios de la Constitución, no se señala ningún otro límite a la libertad artística.

Frente a la protección a menores, en el caso en particular se sostiene que los padres tiene el derecho de evitar la exposición, si consideran que no es adecuada para sus hijos, pero no pueden por esto vetar la exposición, reiterando lo señalado en la sentencia T-321/93, sobre el caso El Mañanero.

Surge la pregunta, sobre cómo diferenciar libertad en medios de comunicación y libertad artística, ya la Corte tuvo que resolver esto en el año 2004 y señaló:

“Bajo el concepto de prensa se recogen distintas manifestaciones del quehacer periodístico que no se limitan a la publicación en periódicos. Comprende básicamente, la utilización de mecanismos de difusión masivos: periódicos, radio, televisión, algunas formas de colocación de información y opiniones en internet, revistas. En tales casos, priman algunos rasgos determinantes, como la amplia difusión y la inmediatez. Con tales medios de comunicación se logra un impacto pronto en la sociedad y se disminuyen los espacios de reflexión. El receptor de la información o de la opinión tiene una capacidad menor de reacción frente al hecho del emisor.

Tratándose de libros, usualmente se presentan situaciones de baja difusión y poco impacto. Si ocurre lo contrario, se torna en una suerte de noticia y adquiere las connotaciones de los medios masivos de difusión. Un elemento central en torno al libro es el tiempo. Las obras contenidas en libros, por lo general, demandan tiempo para su lectura y ello asegura, en términos razonables, un mayor margen de reflexión”. (Sentencia T-213/2004).

Las Cortes en general se ven obligadas a hacer distinción entre medios de comunicación y otras formas artísticas y literarias, si es que quieren darle un tratamiento diferente, lo cual resulta imposible, ya que como veíamos en el primero y segundo capítulo de esta tesis, cada vez el arte, se apropia de los objetos cotidianos y de lo popular, y quiere poner a prueba esos límites entre lo que es y no artístico. En este caso el criterio en específico que usa la Corte, es el criterio de la difusión y la inmediatez. Esto

expresa una visión del arte, que de otro lado no es única de nuestra Corte, la veíamos también en el TEDH cuando analizamos sus sentencias en el capítulo segundo, esta consiste en considerar el arte como un fenómeno minoritario y en el caso específico de la Corte Colombia, que implica un esfuerzo comprensivo distinto, actividad mental que de cualquier forma no estaría presente en los medios masivos de comunicación es decir que se trata de una visión intelectualizante del arte, algo sesudo, una visión que ya estaba en crisis desde en el modernismo como señala Amy Adler (ver la última parte del capítulo sobre test de obscenidad en esta tesis). Estos criterios por supuestos no son neutrales, tienen un fin, este es el que estas características llevan a que el arte sea un fenómeno de poco impacto, esta es de nuevo una visión descreída del arte, pero que además no se corresponde con lo que el artista en la actualidad pretende, que es eliminar esas diferencias entre lo popular y lo elevado, entre lo banal y lo sesudo, entre la alta cultura y la cultura de masas.

De otra parte la visión de la sentencia T-104/ 1996, de diferenciar, la libertad para crear y la libertad para exponer, la primera de las cual no tendría límites, es problemática; en el año 2012 se presentó por ejemplo, una controversia frente a la obra Blanco Porcelana de la artista Margarita Ariza<sup>43</sup>, que utilizaba fotos familiares para indagar sobre nuestro ideal de blancura de raza, en este caso se ordenó por vía de tutela la eliminación de algunas de estas fotos que provocaron el rechazo de una parte de su familia, entonces no resulta tan fácil decir que el artista tiene libertad para utilizar cualquier material, cuando como en este caso la artista se apropia de material que puede hacer parte del patrimonio familiar, similar situación se vivió con la performance de Tanía Brugera, ¿qué era lo problemático de su obra?, Claramente no la temática sobre la relación droga y violencia en el país, que ha sido retomada por otros artistas<sup>44</sup> sin generar la misma polémica, sino el reparto de líneas de cocaína, es decir el material mismo, en esa presentación de droga de consumo. Pero de otro lado, esta diferenciación tampoco se produce en algunas artes como la danza, y es precisamente la crítica que hace el baile nudista, en el Estados Unidos, y que se analiza en el siguiente capítulo. Sin embargo, es de resaltar que en la configuración de este derecho se haya buscado una mezcla entre lo que es el derecho de expresión que no tendría limitaciones y que se relacionaría con la elaboración de la obra, y el de información que tendría límites que se intentó transponer a la exposición de la obra.

---

<sup>43</sup> El sitio web mutilado de la artista se puede visitar en el siguiente link: <http://www.blancoporcelana.com/>

<sup>44</sup> En el segundo semestre del 2012, Miguel Ángel Rojas, por ejemplo, retoma la misma temática con la exposición El Camino Corto, en el Museo de la Universidad Nacional, mismo espacio donde se presentó la obra de Tania Bruguera. Esta vez usa hojas de coca, es interesante esta carga tan diferente que implicó la cocaína de un lado y la hoja de coca del otro.

## **5. DOS BATALLAS CONTEMPORÁNEAS DEL ARTE OBSCENO**

Este capítulo se concentra en lo que he llamado dos batallas contemporáneas del arte obsceno, en primer lugar se observará la forma en que el baile nudista en los Estados Unidos ha reclamado la protección de la Primera Enmienda, trayendo de nuevo el debate sobre la diferencia entre comunicación y conducta expresiva, y finalmente cómo el baile nudista reclama por parte de las Cortes el tratamiento de arte, con las prerrogativas que esto implica. En segundo lugar, se hará referencia a la reciente tipificación en Inglaterra de la posesión de la pornografía no fotográfica, que refleja un renovado miedo a las imágenes sexuales producto del internet.

Estos dos ejemplos, dentro de muchos otros que se podrían encontrar, muestran que la lucha antiobscenidad está lejos de ser superada en nuestras sociedades de la información y de proliferación de los discursos del sexo, y la manera en que expresión marginales reclaman un lugar dentro de la protección artística.

## 5.1. El baile nudista reclama el status de arte

El baile nudista desde antes de los ochenta viene desafiando la concepción de la libertad de expresión en los Estados Unidos, esta dificultad del entendimiento tradicional de la libertad de expresión para reconocer las reivindicaciones del baile nudista, tiene en parte que ver con concepciones tradicionales del arte en los jueces; la pretensión del baile nudista de ser considerado arte, se convierte en el ejemplo por excelencia de la dificultad de la libertad artística para ser entendida a través de la libertad de expresión. El que el baile nudista plantee estas reivindicaciones, parece algo exclusivamente norteamericano, en Inglaterra las discusiones sobre el baile nudista se limitan al problema de la zonificación de clubes, es decir, un asunto del derecho de propiedad que según el TEDH, también tendría implicaciones en la libertad de expresión, debate que de alguna forma también se dio en Colombia con las zonas de tolerancia, aunque nunca alcanzó a considerarse como un problema de libertad de expresión. Esto muestra en parte, la diferencia entre los países, en Inglaterra el tema de la propiedad y de manera reciente como esta se relaciona con la libertad de expresión, muestran una cultura donde la propiedad es un valor fundamental, en Colombia el baile nudista no parece tener las pretensiones de arte y su discusión se limita a la zonificación, pero nuestra valoración de la propiedad difícilmente nos podría llevar a trasladar el debate de la propiedad al terreno de la libertad de expresión, mientras que en Estados Unidos el baile nudista lleva el debate directamente a la libertad de expresión, como valor fundamental de esa nación y se sirve de lo que ha sido la vanguardia postmoderna en las artes, para reclamar el estatus de arte.

En dos sentencias principalmente, la Suprema Corte ha examinado el baile nudista. En *Barnes v Glen Theatre 501 U.S, 506 (1991)*, se procesa a dos establecimientos de Indiana, el *Kitty Kat Lounge* que vende bebidas alcohólicas y presenta bailarinas gogo, y el *Glen Theatre Inc* que era principalmente un negocio que proveía el llamado entretenimiento para adultos. El entretenimiento en vivo consistía en actuaciones desnudas y semidesnudas que muestran el cuerpo femenino a través de paneles de vidrio, los clientes se sientan e insertan monedas dentro de un mecanismo que permite observar el baile por un periodo de tiempo, exposiciones que se tramiten como películas pornográficas en un teatro cercano. Un estatuto de Indiana regula el nudismo público requiriendo que los bailarines porten “tanga” y una “G-string” cuando bailan. La cuestión que se somete es si este estatuto que prohíbe el nudismo completo en un establecimiento público, viola la Primera Enmienda. En este caso la Corte considera el baile nudista como una conducta expresiva y se pregunta por el nivel de protección que esta tiene. Para averiguarlo aplica el test O’Brien (*United States v O’Brien 391 U.S 367 (1968)*), en este caso O’Brien quemó su carta de servicio militar obligatoria en las escaleras de la Corte de Boston en presencia de la multitud y fue procesado por un estatuto que prohíbe la consciente destrucción y mutilación de esta carta. Él sostuvo, que esta convicción era contraria a la Primera Enmienda porque este era un “acto

simbólico”, una conducta expresiva. La Corte rechazó que el lenguaje simbólico estuviera comprendido dentro de la protección de la Primera Enmienda, diciendo:

Aun bajo el entendido de que el elemento comunicativo alegado en O'Brien es suficiente para estar dentro de la Primera Enmienda, de esto no necesariamente se sigue que la destrucción de un registro certificado es una conducta constitucionalmente protegida. Esta Corte tiene sostenido que, cuando la expresión hablada y elementos no hablados son combinados en el mismo curso de la conducta, una suficiente importancia del interés del Estado en regular el lenguaje no hablado puede justificar incidentalmente la limitación de las libertades de la Primera Enmienda. Para caracterizar la cualidad del interés del gobierno, debe aparecer, que la Corte ha empleado una variedad de términos descriptivos: convincente, sustancial, subordinar, primordial, contundente, fuerte. Cualquier imprecisión inherente a estos términos, nosotros pensamos que en una regulación del gobierno es suficientemente justificada si esta dentro del poder constitucional del Gobierno, si promueve un importante y sustancial interés gubernamental, si el interés gubernamental no se relaciona con la supresión de la libertad de expresión, y esta restricción incidental en alegar las libertades de la Primera Enmienda no es mayormente esencial para alcanzar ese interés.

Aplicando el test O'Brien, la Corte encuentra que el estatuto de indecencia pública esta justifica en la limitación incidental a algunas actividades expresivas. El estatuto está claramente dentro del poder constitucional del Estado, y satisface intereses gubernamentales sustanciales. El estatuto se propone proteger el orden social y la moralidad. Los estatutos de indecencia pública tienen un origen lejano, y existen en al menos 47 Estados. La indecencia publica que incluye nudismo, fue una ofensa criminal en el common law y esta Corte reconoce la raíz de esta ofensa, en la “grosera y abierta indecencia”. Estos estatutos de indecencia tienen una amplia tradición en Indiana.

Los respondientes señalan que aun cuando prohibir el nudismo no se relaciona con la supresión de la expresión, prohibir la representación nudista en el baile se relaciona con la expresión porque el Estado debe proteger el mensaje erótico.

La Corte no piensa que la aplicación de este estatuto en los bailes nudistas y los clubes nocturnos proscriban la desnudes, porque el mensaje erótico lo tramiten los bailarines aun portando tanga y G-string por lo que no priva a los bailarines de su mensaje erótico, simplemente lo hace menos grafico. El mal percibido por Indiana no es el baile erótico sino la desnudes pública, así este combinada o no con una actividad expresiva.

La cuarte parte del test O'Brien exige que la restricción incidental a la libertad de la Primera Enmienda no sea mayor de lo esencial para lograr el interés gubernamental. El interés gubernamental del estatuto es desaprobar el nudismo en lugares públicos y entre extraños. La prohibición no es un medio para un fin, es un fin en sí mismo. No tiene reparo que la ley está estrictamente delimitada. El requisito de portar tanga y G-string es el mínimo para alcanzar el propósito del Estado.

En *City of Erie v. Pap's A.M* 529 U.S. 277 (2000), el juez O'connor deliberó lo relacionado a una ley similar en Pensilvania sobre este tipo de establecimientos. En esta

sentencia de nuevo se aplica el test O'Brien: 1) la ciudad tiene el poder de proteger la salud pública y seguridad; 2) la ordenanza promueve el importante interés del gobierno en regular conductas a través de la prohibición de nudismo público y combate los efectos secundarios asociados con el baile nudista. Para demostrar estos efectos en la ciudad no se necesitan nuevos estudios o producir evidencia independiente de lo que han generado otras ciudades, sobre el efecto que causa la presencia de estos establecimientos en un barrio. Pero como la Corte reconoce, el requerir que las bailarías usen G-strings no reduce mayormente estos efectos. Aun así, solo que se requiere que la ordenanza tenga un interés en combatir estos efectos; 3. El interés del gobierno no es suprimir la expresión libre; 4. La restricción no es va mas allá de la satisfacer el interés del gobierno. La ordenanza regula conducta y cualquier impacto en un elemento expresivo en el baile nudista es mínimo, dejando cabida para trasmitir el mensaje erótico.

El juez Scalia disiente, y considera que el Estatuto es legal no porque pase el test O'Brien, sino porque regula una conducta que no se relaciona directamente con la expresión y por tanto no está sujeta al escrutinio de la Primera Enmienda. La ley no solo prohíbe el baile nudista, sino cualquier acto de irrespeto cuando con propósitos expresivos se usa la desnudes publica.

Según Grant Whalquist siguiendo a Schauer, la dualidad que existe en la expresión como comportamiento y como significado, adquiere relevancia en el campo artístico; cuando se analiza el arte bajo la rúbrica de comunicación o como algo meramente expresivo, si se considera el aspecto puramente comunicativo, solo las expresiones artísticas que contienen un mensaje estarían protegidas bajo la Primera Enmienda, lo cual es problemático porque en el mundo del arte la forma escogida para comunicar puede darle el significado a obra (Whalquist, 2011, p.699).

La complejidad de esta posición se expresa para este autor, en los estudios sobre danza, que tienen un desarrollo reciente, se inician en los 60's y 70's, entre otros objetivos estos estudios buscan superar los prejuicios contra la danza, tras estos prejuicios se escondería la desconfianza en el cuerpo de nuestro conocimiento occidental logocentrista, intentan entonces superar la relación mente-cuerpo y ven el baile como única disciplina donde los conceptos de presencia y cuerpo pueden ser presentados. El logocentrismo es el dualismo entre cuerpo y mente, y la consideración del cuerpo como algo femenino y la mente como algo masculino, así por ejemplo los bailarines son vistos como afeminados u homosexuales. El logocentrismo es relevante para el discurso legal, porque el derecho usa un discurso logocéntrico, que se refleja en el dominio que en este tienen los hombres. Así preguntarse sobre el tema del baile nudista en el derecho, es navegar en estos dos mundos contrapuestos (Whalquist, 2011, p.702). La danza es una particular forma del arte donde el cuerpo es lo más importante y importa el movimiento antes que la expresión de significado, o mejor aún contenido y danza son lo mismo, y no se preguntan por el significado, sino que problematizan la naturaleza del significado mismo (Whalquist, 2011, p.705). Para algunos bailarines lo que se puede explicitar sobre el baile esta siempre por debajo del baile mismo, y se debe tomar también lo que el baile

puede hacer en el danzante y en el espectador. Todo esto hace de la danza algo diferente a los otros medios visuales y literarios.

Según el análisis de Whalquist, para la Corte tanto en Barnes y Pap's, consideran que el baile nudista es expresivo, como una especie de representación danzante (performance dance), expresa emociones e ideas y comunica un "particular mensaje de sensualidad y erotismo" que puede ser afectado en su intensidad más que en su significado por una regulación". Este énfasis en el aspecto comunicativo es común en el lenguaje legal sobre la Primera Enmienda. El análisis que se sigue es el siguiente, "el baile nudista es un conducta expresiva, el baile nudista es una representación bailada (performance dance), y el baile nudista expresa "emociones e ideas", y el baile nudista comunica "sensualidad y erotismo" (Whalquist, 2011, p.707).

Lo que los demandantes señalan es lo contrario, que el baile nudista realizado en clubes, no es expresión, aun cuando se puede dar una valoración sobre este baile, este no es comunicativo, así otro tipo de baile puede enviar un mensaje erótico el baile en estos clubes no. Posición que es rechazada por la Corte.

La Corte según la posición de Bezason que Whalquist retoma, tiende a ser bastante tímida cuando trata temas artísticos, considerando la libertad de expresión desde un punto cognitivo y utilitarias, no emocional y sensorial (Whalquist, 2011, p.699). Para Whalquist, el problema se encuentra en que con el baile en general, resulta difícil establecer el límite entre decir y hacer. Cuando la Corte asume que el *performance dance* es lenguaje expresivo que merece protección, está sosteniendo que el baile social no es expresivo y no tiene importancia como conducta simbólica. Pero para los estudiosos de la danza, no existe mayor diferencia entre el striptease y otros bailes que son arte elevado como el ballet. Ellos notan que el problema que esto encierra es cómo el significado erótico y baile nudista caben en las razones dadas sobre la protección de la libertad de expresión en la Primera Enmienda bajo los tres argumentos tradicionales de justificación, que señalamos en el capítulo segundo de la primera parte de esta tesis.

Para los estudiosos que leen la semiótica del stripping, las leyes que lo limitan pudieron fácilmente haber sido aplicadas a otros estilos de danza en diferentes contextos, y limitar la labor de grandes bailarines, así como el baile nudista cabe en la definición de danza de los estudios de danza que lo consideran: "propósito, intencionalmente rítmico, culturalmente modelado, de comunicación no verbal, el movimiento del cuerpo en el tiempo y el espacio, con esfuerzo y que tiene sus propios criterios de excelencia". (Whalquist, 2011, p.718)

Siguiendo a Whalquist, el problema de la vista legal del baile se encuentra en que el derecho es un discurso verbal, por lo que mira el significado. Asumiendo que el baile pueda tener significado, este depende siempre del contexto y de los actores envueltos.

A las conclusiones que llega Whalquist, son que: primero, el baile nudista es un ejemplo en que las distinciones entre contenido y conducta, o conducta y comunicación, pueden ser engañosas. Mientras la Corte considera esta distinción no problemática, los

estudios sobre danza demuestran que sí lo es y los jueces deberían reconocer esta dificultad. Segundo, la Corte debería aprovechar la literatura crítica al respecto, así como lo hace en las leyes antiobscenidad, donde se mira si la obra tiene un valor literario, artístico, político o científico. Se pregunta el autor ¿Por qué deben estas prácticas como el baile nudista recibir menor consideración de su valor estético?, también debería mirarse la consideración de expertos como es reconocido con otras prácticas artísticas como la música. Tercero, el baile nudista revela el problema que el modernismo y el postmodernismo general para la teoría legal. Las prácticas estéticas modernas y postmodernas representan ataques al orden establecido, e intentan cuestionar los valores normativos y remplazar estos por respuestas más concretas o abstractas (como en el modernismo) o llevar esta a otras cuestiones como la creación de valor, o el valor en sí mismos (como en el postmodernismo). La evolución de las doctrinas legales de obscenidad, profanidad y expresión de bajo valor, en la mitad del siglo veinte repudian la agenda subversiva del modernismo como un todo. La condición postmoderna, con su sospecha de metanarrativas y el enfoque deconstructivo de la tradición occidental y su logocentrismo, demostrado con vehemencia por los estudios de la danza, refleja una visión del mundo que va en contra de la visión de la Suprema Corte. Recientes controversias en la jurisprudencia sobre el significado de la Constitución o la literalidad ejemplifican la ansiedad legal de la angloamericana exaltación de la racionalidad, verla en comparación con lo contingente, lo encarnado y lo historizado. Cuarto, el baile nudista llama nuestra atención sobre las formas en que el género es construido. La intersección entre derecho y danza revela que la regulación de género puede ser renegociada por nuevas vías de movimiento, o por una crítica o subversiva apropiación de lo viejo. Finalmente, el baile nudista trae particulares retos para el derecho. En particular, el baile nudista revela que en el análisis de la expresión, la Corte usualmente considera la respuesta del escucha. También muestra las fallas o problema de la conducta expresiva. Mientras en un mejor acercamiento al análisis de la conducta expresiva y la expresión, podría ser examinada la intención del hablante, la receptividad del escucha, etc. Este acercamiento aumenta complejidad y dificultad a la Primera Enmienda y la hace inconfortable para los jueces (Whalquist, 2011, p.p.722 y ss.).

Finalmente en *Corporation v State of New York* del 2012, se examina la solicitud hecha para que el baile nudista fuera considerado arte y por este motivo quedará exento de impuestos. La ley de impuestos había creado una excepción para las “representaciones de arte dramático o musical”. Los solicitantes señalaron que el baile exótico tiene las mismas características que una representación musical artística, sin embargo la Corte consideró que las normas sobre impuestos deben ser interpretadas de forma restrictiva, y que así como no estaba exento el baile sobre hielo, lo mismo sucedía con el baile nudista sin importar que tanta calidad artística tenga. Esta decisión fue asumida por la comunidad académica en general, como si el baile nudista no fuera considerado como arte por la Suprema Corte.

Coincido con el autor en que el baile nudista en la contemporaneidad es uno de los ejemplos claves para entender las limitaciones que tiene el derecho en nuestros estados para entender el arte postmoderno, problematiza las formas tradicional en que

ha sido entendida la libertad de expresión y la dificultad de trasladar sus justificaciones al arte, evidencia también que la diferencia forma/contenido o comunicación/conducta expresiva que contiene la libertad de expresión, la racionalidad logocéntrica y utilitarista con que la hemos entendido, el enfoque en el receptor, etc, han repercutido en que formas artísticas no tradicionales de arte hayan quedado sin protección. Pero también resulta ingenuo pensar, que una aplicación de los criterios de valor artístico que contiene el test de obscenidad, lo mismo que una mayor participación de los expertos, podría solucionar estas diferencias, en los anteriores capítulos vimos cómo precisamente la concepción que envuelve el criterio del valor, no se adapta al arte postmoderno, y con batallas legales como la de Mapplethorpe, se observó cómo la irrupción de los expertos, alejó el arte de la ciudadanía en general y violentó el contenido de la obra hacia una concepción esteticista, haciendo del arte algo superfluo.

## **5.2 Pornografía no fotográfica en Inglaterra. Los límites entre lo real y lo ficticio.**

El Acta de Justicia Criminal e Inmigración de 2008 que entró en vigencia en Enero de 2009 en Inglaterra, Wales e Irlanda del Norte, contiene la ofensa de posesión de imágenes extremadamente pornográficas. En la explicación que dio el Ministerio de Justicia, se señala que no se trata de extender el Acta de Publicaciones Obscenas (OPA) de 1959, que esta ofensa cubre un rango más limitado de material que la OPA. La ofensa cuenta con tres elementos: primero, la imagen es pornográfica; segundo, es groseramente ofensiva, desagradable, o de otro su obsceno carácter; y la imagen representa en una forma explícita y realista uno de los siguientes actos extremos: a) una acto que pone en riesgo la vida de una persona; b) una acto que resulta o es susceptible de resultar en serio daño del ano, senos o genitales de una persona; c) Un acto que envuelva interferencia sexual con el cuerpo humano; d) una persona que realice un acto de encuentro oral o sexual con un animal (ya sea vivo o muerto) y que una persona razonable que mire la imagen pueda pensar que la persona o animal representado era real<sup>45</sup>. (Ministry of Justice: 1 y 2)

---

<sup>45</sup> El Acta define imagen pornografía como aquella que se asume es producida única o principalmente para propósitos sexuales. “solo porque tenga una dimensión sexual no significa que se asuma como principal o únicamente para este propósito”. Esto sin embargo deberá ser determinado por el juez simplemente la mirar la imagen. No se tiene en cuenta la intención del que produjo la imagen, ni del defendido. Además de ser pornografía debe satisfacer los otros aspectos de la ofensa. Cuando un individuo se encuentra en posesión de una serie de imágenes,

Se deben aplicar los tres elementos en conjunto, lo que asegura que la ofensa cubra solamente materiales cuya publicación son ofensa bajo la OPA.

Para los críticos, se trata de una ley que no tiene en cuenta:

(s)i el contenido de las imágenes son el producto de la actividad real, peligrosa y abusiva, o el resultado de las representaciones realista o simplemente escenas actuadas. Asimismo, no tiene en cuenta que las imágenes fueron producidas usando adultos que pueden haber dado su consentimiento de las actividades que señala la ley. El resultado es que algunos actos que son perfectamente legales, ahora son ilegales cuando se graban, una perversidad que pone más énfasis en una imagen que el acto que lo creó, es en esencia la creación de un delito de opinión en el Reino Unido. La ley está destinada a ser limitada por una prueba de obscenidad similar a la utilizada para procesar las publicaciones. Sin embargo, el concepto de obscenidad tiene un pobre historial en ofrecer un resultado legal impredecible. El resultado es que muchas personas no sabrán si han infringido la ley antes de que hayan sido procesados. Varias clases de personas podrían haber sido inadvertidamente criminalizados por la ley, incluidos los miembros de la comunidad BDSM (Bondage, Domination, Sado-masochism. Esclavitud, Dominación, Sado-masochismo), góticos de estilo de vida, y los que ven las películas de terror de bajo presupuesto que no se envían a la BBFC para la certificación. También hay un gran número de jóvenes que intercambian inusuales imágenes pornográficas a través de correo electrónico o en los teléfonos móviles, no para el propósito explícito de la excitación, pero por curiosidad o por el valor del choque. Al final, esta ley afecta los derechos de todos los ciudadanos británicos, ya que otorga mayores facultades a la policía para buscar en las casas de la gente y apoderarse de sus bienes. (Blacklash, en internet)

En el Acta Forense y de Justicia de 2009, que entró en vigor el 6 de Abril de 2010, se consagró la ofensa de posesión de Imágenes prohibidas de niños. Que se dirige a ciertas no fotográficas imágenes de niños, y se castiga con una pena de máximo tres años. Ya el Acta de Protección de niños de 1978, consagraba la ofensa de tomar, hacer

---

se debe determinar si la imagen es pornografía en si misma y también en relación con la serie de imágenes. Cuando la imagen está integrada a una narrativa, como en un documental, tomada como un todo debe ser pornográfica. El contexto de la imagen es cualquier momento dado, no el contexto original. Imágenes puestas juntas, de diferentes films, fuera de su contexto original pueden considerarse pornográficas así su contexto original no sea pornográfico. (2)

Las palabras "groseramente ofensivo" y desagradaba no son alternativo al carácter obsceno, pero son ejemplos de este. Son tomadas de la definición ordinaria de obsceno, pero no sustituyen la definición técnica de la OPA.

Los elementos de la ofensa deben leerse en conjunto con otros dos elementos. La prueba de si una imagen está comprendido en los términos de la ofensa no es simplemente si es manifiestamente ofensivo, desagradable o no de carácter obsceno, sino que es una prueba de si todos los elementos del delito que se cumplan. Se trata de los tres elementos que trabajan juntos, que deben velar por que las únicas imágenes que se capturan son aquellos que también infringiría la OPA de 1959.

o permitir que sean tomadas, fotografías o pseudo fotografías (imágenes con apariencia de fotografías) de un menor de 18 años, por lo que esta ofensa se dirige a la posesión. La preocupación de estas imágenes estuvo en que podrían ser usadas como herramientas preparatorias para un abuso real y con la tecnología actual es sencillo crear imágenes fantásticas que explicitan el abuso sexual, también existe la preocupación de que estas imágenes puedan reforzar sentimientos inapropiados hacia los pequeños.

Para que se trate de una imagen prohibida, debe cumplir tres elementos: 1) La imagen es pornográfica; 2) la imagen es groseramente ofensiva, desagradable o tiene un carácter obsceno; 3) la imagen se centra únicamente o principalmente en los genitales, la región anal, o representa los siguientes actos: a) la realización de una persona de encuentro sexual o sexo oral en presencia de un niño; b) masturbación, que envuelva la presencia de un menor; c) penetración por vagina o ano en cualquier parte del cuerpo de un menor; d) penetración, en presencia de un menor; e) el encuentro sexual entre un menor y una animal; f) la representación de una persona teniendo relaciones o sexo oral con un animal, en presencia de un niño. Es decir que se trata de una consagración muy similar a la del Acta de Justicia Criminal e Inmigración de 2008.

Debido a esta ofensa, se le ha dado el nombre en el mundo artístico del Acta de Cartoons Peligrosos, ante el peligro de que se hiciera ilegal la posesión de anime, hentai y novelas grafica que correrían grave riesgo, ya que es común en esta tradición japonesa la representación de figuras andróginas que podrían interpretarse como adolescentes, con componentes eróticos, que pueden ser percibidos por occidente como pornografía infantil no fotográfica, también novela grafica occidental que pueden considerarse pornográficas si se sacan del contexto de la historia. Los detractores consideran que el Gobierno está creando las víctimas de un crimen en el terreno del gusto y creando leyes que no van a tener impacto en la protección de menores, las imágenes donde no existen menores no indican abuso o trauma, y nadie podría resultar lastimado por la elaboración de una ilustración. (Blacklash, en internet)

Con estas dos leyes recientes, parece que hubiera vuelto el pánico sexual a Inglaterra, así lo señaló el teórico Anthony Julius en una entrevista, donde se le pregunta en principio por el proceso finalmente desistido a *Girls Aloud*, una historia que narra escenas de violencia sexual y que fuera publicado en internet, finalmente se exoneró considerando que la publicación llevaba mucho tiempo en línea y que solo una búsqueda específica en internet, llevaba a encontrar su contenido, por lo que el daño que se producía no era significativo; frenen a lo que significó este proceso luego de que la persecución a la literatura se había considerado acabada con el triunfo del libro *El Amante de Lady Chatterley*, y la consideración del entrevistador de que se trata de un intento por controlar Internet, señala Julius:

Pienso que es la combinación de tres factores. El primero, el que usted señaló, el Internet es una de las razones. El segundo, es una re-moralización de la sociedad que está teniendo lugar y es una lección para nosotros que aún, de una manera irreflexiva, damos por sentado que las cosas se hacen más liberales, que la sociedad se mueve hacia arriba en un arco de mayor libertad social y personal. Pero en realidad esto no funciona así del todo. Por lo

contrario, vemos que se trata de la trepitación de un periodo de relativa represión con breves momentos de libertad en el medio. Aquellos de nosotros que crecimos asintiendo con la cabeza en la distancia de los años 1960 pensamos que seguiría, y daría color a cada década subsiguiente, y cada década añadiría o aumentaría los logros de los 60's. Ahora nos enfrentamos con una desagradable sorpresa. La tercera razón tiene que ver con la segunda: una postura general de censura está teniendo lugar en el contexto de un pánico sobre los problemas relacionados con el orden público, para usar una mejor palabra, lo transgresor, en términos religiosos y no religiosos. Esta es una contribución distinta a esta tendencia hacia una mayor censura, la política intervencionista de la policía (Julius, 2009: 51).

Frente al Acta de Justicia e Inmigración del 2008, le interroga Julian Petle:

Un buen ejemplo de esta progresiva re-moralización es el Acta de Justicia e Inmigración, que hace una ofensa criminal la posesión de la llamada "pornografía extrema". ¿Piensa usted que es un intento para evitar el Acta de Publicaciones Obscenas y hacer más fácil la persecución de material que las autoridades desapruaban?:

No me cabe duda de dos cosas. La primera es que tras la pornografía hay explotación, abuso físico y deshonesto, así como en los crímenes de prostitución y tráfico de drogas. No se puede simplemente separar pornografía, para usar un término simple que describe un complejo fenómeno y tratar este de manera alejada de los otros fenómenos. Pienso que lo que hace el Acta es insistir sobre la relación entre pornografía en una mano y los otros factores en la otra. Este puede, en este sentido, ser leído como una pieza de criticismo cultural de lo que puede llamarse la coartada estética, la idea que imágenes y palabras, en contextos particulares, tiene una cualidad que los protege de cualquier clase de ataque legal. En este sentido, yo no soy del todo indiferente, u hostil a la ley. De otro lado, lo que está mal del Acta es que los policías no son críticos culturales. Entonces el Acta puede ser entendido en términos de un criticismo cultural, los críticos culturales que usan cachiporras no son personas que se quieren en la clase o en ningún otro lugar, donde el arte está siendo echo y el lenguaje está siendo usado creativamente. Pero lo que también siento sobre el Acta es que es una ley suficiente para luchar con el abuso y vicios de la industria pornográfica. (El subrayado es mío)

Julian Petrely: Es cierto que bajo el comercio del porno hay crimen y explotación. Pero no en todos los casos, no el caso del porno no comercial hecho dentro de la comunidad BDSM (esclavitud, dominación, sado-masoquismo), que claramente cae dentro del ámbito de aplicación del Acta.

Anthony Julius: De acuerdo, este es un aspecto ridículo del acta. Lo lees y piensas que esto solo pudo ser escrito por la imaginación febril de alguien que ha pasado demasiado tiempo consigo mismo en Internet. Es embarazoso de leer, porque da una imagen del legislativo de la que uno quisiera prescindir. (Julius, 2009: 54 y ss)

La nueva legislación que contempla la posesión sobre imágenes no fotográficas trae implícito el debate sobre lo real y lo ficticio, y como lo ficticio se equipara con lo real. En Estados Unidos en el 2002 también se había dado un debate similar. En 1996, el congreso aprobó el Acta de Comunicaciones Decentes (Communications Decency Act, CDA), intentando controlar la amenazante disponibilidad de pornografía de menores usando la internet. El acta establecía como crimen tener material adulto en línea, donde

los menores pudieran encontrarlo. La previsión fue dejada sin efecto por la Suprema Corte por considerarla amplia e interferir en la libertad de expresión. En 1996 el congreso aprobó también, el Acta de Pornografía Infantil. Luego de que la CDA fuera declarada inconstitucional, se aprobó el Acta de Protección Online para menores (COPA 1998) y también se aprobó el Acta de menores en Internet (Children's Internet Protection Act, CIPA) que requiere a los librerías públicas, filtrar el contenido de internet que pueda resultar dañoso para menores.

La tecnología ahora permite la creación de imágenes que involucran comportamientos sexuales con menores, sin que estos tengan que participar en los mismo, se puede usar montajes, imágenes generas por computador etc, que además circulan rápidamente. En *Ashcroft, Attorney General v Free Speech Coalition 535 U.S. (2002)*, se discute el Acta de Prevención de Pornografía Infantil de 1996 (*The Child Pornography Prevention Act, CPPA*), sosteniendo que la pornografía se define por el hecho que es la grabación de un crimen y en su producción crea victimas. Con las imágenes virtuales estos elementos no tienen lugar. También se señaló que no se podía criminalizar la presentación de adultos como menores que incluía la CPPA.

Aunque estas imágenes no envuelven daño al menor, el Congreso consideró que el material podía afectar a los menores en una manera menos directa. Los pedófilos podían usar el material para llevar a menores a participar en actividades sexuales. Los pedófilos pueden satisfacer su propio apetito con estas imágenes, incrementando la creación y distribución de pornografía infantil y el abuso de menores. Con las imágenes creadas por computador, su existencia pueda hacer más difícil el procesamiento de pornógrafos que usan menores reales, porque se hace más difícil probar que en su producción se usaron menores. Como reconoce la Corte, se trata del peligro del contenido de las imágenes y no de lo que significa su producción. La Corte recuerda que si bien hay ciertas categorías de expresión como la difamatoria y la obscena, que pueden ser prohibidas sin violar la Primera Enmienda, considera que ninguna de estas incluye la expresión prohibida en el CPPA:

El CPPA es mucho más que un suplemento a la existente prohibición federal de obscenidad", no se atiene a los requisitos del test Miller. No se necesita que el material apele a un interés lascivo. Cualquier representación de una actividad sexual explícita, sin importar como se presenta, es proscrita. El acta se puede aplicar a un manual de psicología, como a una película que muestre el horror de un abuso sexual. No se necesita que la imagen sea patentemente ofensiva. Las imágenes donde aparece un menor de 17 años en una actividad sexual explícita, no en todos casos contraviene los estándares de la comunidad. (*Ashcroft v Free Speech Coalition*)

Frente a la libertad artística señala:

La CPPA prohíbe expresiones que cuentan con un serio valor literario, artístico, político o científico. El estatuto prohíbe la representación visual de una idea –que los adolescentes se involucren en actividades sexuales- que es un hecho en la moderna sociedad y que ha sido tema en el arte y la literatura a través de los años... Ambos temas –la actividad sexual de los adolescentes y el abuso sexual de menores- han sido inspiración de incontables obras literarias. William Shakespeare creó la más famosa pareja de adolescentes, una de las cuales tenía solo 13 años. En el drama, Shakespeare representa la relación como algo espléndido e inocente, pero no juvenil. La obra ha inspirado al menos 40 películas, que sugieren que la pareja consumó su relación. Shakespeare pudo no haber escrito escenas sexualmente explícitas para la audiencia de la época Elizabelina, pero los modernos directores adoptaron un acercamiento menos tradicional, el hecho solo no lleva a la conclusión de que la obra fuera obscena.

Películas contemporáneas traen temas similares. El año pasado la Academy Award destacó la película, *Trafico*, nominada como la Mejor Película. El film presenta un adolescente, de 16 años, que se vuelve adicto a las drogas. El espectador observa la degradación de su adicción, que al final lo lleva a intercambiar sexo por droga. El año anterior *Belleza Americana* (*American Beauty*) ganó el Oscar. En la película una adolescente tiene relaciones con su novio adolescente, y otra le proporciona gratificación a un hombre de mediana edad. El film también contiene una escena donde, la audiencia entiende que el acto no está teniendo lugar, un personaje cree que está viendo a una adolescente teniendo actos sexuales con otro hombre.

Nuestra sociedad, como otras culturas, siente empatía y fascinación con la vida y destino de los jóvenes. Arte y literatura expresan el vital interés que todos hemos tenido en los años formativos una vez conocidos por nosotros, donde las heridas podían ser tan profundas, la decepción muy profunda, y las malas elecciones trágicas, pero cuando el acto moral y autorrealización esta todavía al alcance. Así estos filmes no violan la CPPA, ellos exploran temas dentro del amplio ámbito que el estatuto prohíbe. Si este film, o cientos de otros de menor nota que exploran estos temas, contienen una simple representación grafica de actividad sexual dentro de la definición del estatuto, el poseedor del film podría estar sujeto a severas penas sin examinar el valor que redima la obra. Esto es inconsistente con una regla esencial de la Primera Enmienda: El merito artístico de una obra no depende de la presencia de una sola explícita escena (*Memoirs*). Bajo Miller, la Primera Enmienda requiere que el valor redentor sea juzgado considerando la obra como un todo. Donde la escena es parte de la narrativa, la obra en sí misma no por si misma deviene obscena, aunque una sola escena aparte podría ser ofensiva. Por esta razón, y las otras expuestas, la CPPA no puede leerse como una prohibición de obscenidad, porque carece de la relación entre la prohibición y la afrenta a los estándares comunitarios.

La historia parece darle la razón a Kendrick, en el sentido de que cada vez que nace un medio que permite la masificación del contenido sexual, el derecho vuelve a interesarse por el límite de lo obsceno, sucedió en los inicios de los juicios por obscenidad con la literatura; cuando las leyes antiobscenidad dejaron de ser aplicadas al discurso escrito, volvieron a presentarse polémicas por el uso de las imágenes con el movimiento transgresor en el arte, luego vendría la legislación antipornografía en medios de comunicación y finalmente en internet. Lo particular de esta última polémica que tratamos, es que bajo el argumento de protección a la infancia, en el que cada vez se

encuentran más comprometidos los Estados, y ante la proliferación de imágenes en la internet, parece que nuestro miedo a las imágenes se exaspera, sin permitirnos diferenciar entre la pornografía como testimonio de un hecho de agresión real y su representación, ya no podemos diferenciar entre lo real y lo virtual, así como en los 80's y 90's nos hicimos incapaces de diferenciar entre lo artístico y lo no artístico, de alguna manera nos hemos vuelto mucho más represores al punto que ni siquiera valores fundamentales en nuestros países como la privacidad son respetados, y esto es algo no solo se da con las imágenes a las que ha parecido dedicarse la represión de la obscenidad, en la actualidad el internet ha vuelto sobre la importancia de lo escrito, en Colombia se dio el caso de Nicolás Castro<sup>46</sup>, que por tratarse de lenguaje del odio, no analizaremos.

Este podría ser sin embargo uno de los últimos episodios en que la censura judicial de los Estado sea relevante en la libertad artística, en la actualidad son las redes sociales como Facebook y Twitter las que imponen la censura a lo obsceno, de maneras incluso absurdas, parece que en estas redes imágenes como caricaturas de Adam y Eva, pueden ser censuradas. Como señala un artículo de la revista Arcadia: "Los parámetros de Facebook para determinar si una página debe ser eliminada no son del todo claros, pues cada caso es excepcional. No obstante, desconcierta que censuren, sin dudar, una obra de arte que muestra un pezón o la imagen de una madre que amamanta a su hijo, y, por el contrario, no consideren la posibilidad de eliminar una página que atenta contra los derechos de los aborígenes australianos". (Arcadia: 2012/8/14)

---

<sup>46</sup> Nicolás Castro fue acusado de tentativa de homicidio con fines terroristas, luego de que abriera un facebook en el que se comprometida a asesinar a uno de los hijos del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, luego de ser encarcelado preventivamente por más de un año, fue declarado inocente por la Corte Suprema de Justicia. Nicolás es estudiante de artes, y en su momento el hecho sirvió para promover espacios de reflexión sobre la libertad artística. De uno de los audios del encuentro se observa, de un lado un entendible repudio a tratar como terrorista a un muchacho que obviamente no tenía los medios ni la intención de ser una real amenaza para un personaje como estos y la politización del caso, que es la única forma de entender esta respuesta desproporcionada de la justicia; pero también un intento un poco desesperado por darle una connotación artística al hecho cometido y a partir de ello reclamar cierta inmunidad. Lo que esto refleja es una posición idealista y romántica por parte del medio artístico colombiano, pero es un caso que comienza a servir de termómetro de lo que podría ser la libertad artística en país en el futuro, y se comienza a ver la necesidad de una reflexión menos coyuntural sobre, la libertad artística. (El audio se puede escuchar en <http://www.goeat.com/listen/393d6ae/conversatorio-del-2-de-febrero-en-la-asab-sobre-el-caso-de-nicol%3%a1s-castro-y-la-libertad-de-expresi%3%b3n-conversatorio-asab>)

## Conclusiones de la Segunda Parte

Pasando en particular a lo que tiene que ver con el arte obsceno, habría que entender que cada límite en derecho implica la lucha entre valores e intereses, y que en el caso de la obscenidad en el arte, se trata de una de las relaciones entre moralidad pública versus libertad artística. Analizar la trayectoria que ha tenido la judicialización del arte bajo el cargo de obscenidad, muestra como aún antes de que se reconociera explícitamente una libertad artística, el derecho debe entrar a considerar que lo que juzga es un objeto de arte y por lo tanto debe hacer consideraciones especiales frente a este.

Las consideraciones que justifican la libertad de expresión, no se adaptan a la expresión obscena, que no lleva a una verdad, no cumple un papel en la democracia y tendría importancia para la autonomía de las personas, pero esto podría dejarse a la intimidad de los mismos; de otro lado, el derecho debe lidiar con el hecho de que bajo la pretensión de limitar la expresión obscena, puede también estar censurando al arte, lo cual no se ajusta a nuestra visión del arte como un bien y a nuestras democracias como promotoras de las artes. Sin embargo, la diferencia entre lo que es arte y lo que es mera pornografía no es tan simple, debemos admitir que el arte también puede ser obsceno y que es mejor que cierta pornografía quede en libertad antes de que estemos censurando lo artístico.

El derecho no siempre se ha interesado por lo obsceno, veíamos cómo este interés inicia con la popularización del libro, lo que muestra un perjuicio de clase en Norteamérica e Inglaterra; en Hispanoamérica la censura a los libros inició en la Colonia, se trataba de una censura clerical que no diferenciaba lo obsceno de otros contenidos. Posteriormente, en una evidente reproducción de las normas Españolas se instauró el delito de publicaciones e imágenes obscenas que estuvo vigente hasta los años 80s del siglo veinte, sin que se encuentre información sobre qué tanta fue su aplicación y cómo los jueces concretaron el concepto a la hora de juzgar el arte.

En Inglaterra y Estados Unidos, la obscenidad se remonta al origen oscuro del common law que sería aplicado por los jueces a través de test, ante la dificultad de concretar lo obsceno. Esta preocupación por lo obsceno se da en el contexto de la popularización del libro e inicia con normas aduaneras, lo que evidencia tanto un perjuicio de clase por aquellos que podrían tener ahora acceso a la información, como una actitud xenofóbica frente al ingreso de este tipo de material, especialmente proveniente de Francia, sin embargo todas estas normas que limitaban el material obsceno tuvieron poca aplicación debido a la dificultad de concretar lo obsceno, por lo que se crearon los test de obscenidad.

Los test de obscenidad, son la forma “técnica” en que el derecho ha intentado tratar la obscenidad, y en la medida en que utilicen como criterio lo artístico para redimirlo de la categoría de obscenidad, se convierten en expresión de la libertad artística en estos

países, o si se quiere en un protoderecho de libertad artística. En esta tesis hicimos un recorrido por el desarrollo de estos test, que incluyó no solo la consagración de los mismos sino la aplicación de estos al material artístico, así que más que un recuento de lo dicho en el desarrollo de esta tesis, importa ubicar el surgimiento de este criterio y la forma en que ha sido abordado en las diversas sentencias que tratan obras artísticas.

El primer test de origen inglés que se aplicó también en Norteamérica, fue el test Hicklin, este test no contempló de manera alguna el criterio artístico, al ser aplicado a obras artísticas se pasó por alto la intención del autor, lo que de otro lado también le dio al delito de obscenidad el carácter de delito objetivo, se analizaban pasajes específicos de la obra, se centró en el efecto que el material tuviera en personas particularmente susceptibles. Este tratamiento de lo obsceno sin referencia a lo artístico, refleja la postura de que el arte debe fungir como alimento espiritual. A pesar de que el test no hiciera consideraciones para el arte, a finales de 1800's en Norteamérica, los jueces comienzan hacer concesiones a obras clásicas de la literatura, situación que atribuye Loth (1969) al relajamiento de las costumbres producto de la industrialización y la guerra, evidenciando las falencias del test Hicklin que estaba yendo en detrimento de la alta cultura. Por esta época también las Cortes se preocupan de tratar lo obsceno sin ensuciarse con el contenido, por lo que se evitan las descripciones detalladas, lo cual va en detrimento de las garantías constitucionales de la defensa. Aunque en el test mismo no hay una remisión de lo obsceno a lo sexual de forma directa, sino a lo depravado y corruptor en general, los jueces comienzan a relacionar lo obsceno exclusivamente con lo sexual.

Norteamérica modificaría a través de sentencia judicial este test, dando lugar al test Ulises, este test a diferencia del anterior, considera la intención y se comienza a asimilar lo obsceno con lo pornográfico. La sentencia también contiene el perfil del juez crítico de arte, que se sumerge en el material, y trata de descifrar la intención de la obra. En la consagración del test, se refiere lo obsceno de manera exclusiva con lo sexual, se fija de nuevo en los efectos de la obra, pero esta vez en el hombre de impulsos sexuales normales. En la aplicación también comienza a acudir a los expertos.

Inglaterra en 1959, modificaría finalmente su test en una consagración que por primera vez contiene la absolución de la obra con valor artístico, al igual que el científico; comienza a hablar de la obra en su totalidad, se desecha el parámetro de la persona joven para hablar de la persona media, como en el test Ulises. En su aplicación también se llamará a críticos a declarar aunque el juez pueda verlos con algo de recelo, como en el juicio al libro *El Amante de Lady Chatterley*, el juicio muestra la incertidumbre que tiene incluso un libro de un autor que para su tiempo ya tenía reconocimiento, de verse en riesgo de ser considerado obsceno, e incluso el juicio a una editorial conocida como Penguin Books Limited que había servido a la popularización del libro en Inglaterra.

Norteamérica abandonaría el test Ulises por el test Roth. En esta sentencia por primera vez se discute la constitucionalidad de leyes que prohíben la obscenidad, el análisis de constitucional lleva a preguntas fundamentales sobre el lugar que tiene la obscenidad frente a la libertad de expresión, la respuesta a esta pregunta constituye una

Pasando en particular a lo que tiene que ver con el arte obsceno, habría que entender que cada limite en derecho implica la lucha entre valores e intereses, y que en el caso de la obscenidad en el arte, se trata de una de las relaciones entre moralidad pública versus libertad artística. Analizar la trayectoria que ha tenido la judicialización del arte bajo el cargo de obscenidad, muestra como aún antes de que se reconociera explícitamente una libertad artística, el derecho debe entrar a considerar que lo que juzga es un objeto de arte y por lo tanto debe hacer consideraciones especiales frente a este.

Las consideraciones que justifican la libertad de expresión, no se adaptan a la expresión obscena, que no lleva a una verdad, no cumple un papel en la democracia y tendría importancia para la autonomía de las personas, pero esto podría dejarse a la intimidad de los mismos; de otro lado, el derecho debe lidiar con el hecho de que bajo la pretensión de limitar la expresión obscena, puede también estar censurando al arte, lo cual no se ajusta a nuestra visión del arte como un bien y a nuestras democracias como promotoras de las artes. Sin embargo, la diferencia entre lo que es arte y lo que es mera pornografía no es tan simple, debemos admitir que el arte también puede ser obsceno y que es mejor que cierta pornografía quede en libertad antes de que estemos censurando lo artístico.

El derecho no siempre se ha interesado por lo obsceno, veíamos cómo este interés inicia con la popularización del libro, lo que muestra un perjuicio de clase en Norteamérica e Inglaterra; en Hispanoamérica la censura a los libros inició en la Colonia, se trataba de una censura clerical que no diferenciaba lo obsceno de otros contenidos. Posteriormente, en una evidente reproducción de las normas Españolas se instauró el delito de publicaciones e imágenes obscenas que estuvo vigente hasta los años 80s del siglo veinte, sin que se encuentre información sobre qué tanta fue su aplicación y cómo los jueces concretaron el concepto a la hora de juzgar el arte.

En Inglaterra y Estados Unidos, la obscenidad se remonta al origen oscuro del common law que sería aplicado por los jueces a través de test, ante la dificultad de concretar lo obsceno. Esta preocupación por lo obsceno se da en el contexto de la popularización del libro e inicia con normas aduaneras, lo que evidencia tanto un perjuicio de clase por aquellos que podrían tener ahora acceso a la información, como una actitud xenofóbica frente al ingreso de este tipo de material, especialmente proveniente de Francia, sin embargo todas estas normas que limitaban el material obsceno tuvieron poca aplicación debido a la dificultad de concretar lo obsceno, por lo que se crearon los test de obscenidad.

Los test de obscenidad, son la forma "técnica" en que el derecho ha intentado tratar la obscenidad, y en la medida en que utilicen como criterio lo artístico para redimirlo de la categoría de obscenidad, se convierten en expresión de la libertad artística en estos países, o si se quiere en un protoderecho de libertad artística. En la esta tesis hicimos un recorrido por el desarrollo de estos test, que incluyó no solo la consagración de los mismos

entiende como no protegida por la Primera Enmienda. Finalmente se llegaría al test Miller, que mantiene la protección para cierta forma de arte, a través del criterio del “valor artístico serio”, pero esta vez según estándares comunitarios.

En todos estos test que incorporan el criterio del valor artístico, subyacente una idea del arte, que corresponde a la visión de la modernidad, en que se pueden hacer distinciones entre lo que es buen y mal arte, alta y baja cultura, criterio que ha sido totalmente desvirtuado por el arte postmoderno.

En los ochentas y los noventas se evidencia un interés del artista por temas polémicos, entre los que se encuentra la sexualidad, la homosexualidad y el SIDA. Es la época donde en Estados Unidos comienza la discusión sobre la pornografía infantil, a la que no se le traslada la inmunidad para el arte, también se da la discusión de las feministas antipornográficas que no ha prosperado jurídicamente, y finalmente se da la gran discusión sobre la financiación del arte obsceno. En Inglaterra se da el debate principalmente frente a la al arte blasfemo, y una obra en particular, *Human Ears*, hace necesario que se establezca la diferencia entre el concepto de pornografía de la OPA y el delito de indecencia, que no establece concesiones para el arte.

En Colombia, si bien comienzan a aparecer artistas transgresores, estos realizan una crítica principalmente al poder y no abordan el tema de la sexualidad de forma transgresora, se empiezan a producir legislación antipornográfica en medios de comunicación, y de prohibición de la pornografía infantil, que evidencian que hasta el momento no hay un concepto único sobre lo que significa la pornografía, así para la Corte Constitucional, hay que acudir al contexto y parece excluir la palabra escrita, mientras que la legislación sobre pornografía infantil se refiere a cualquier medio, la reguladores de la televisión miran apartes, y la clasificación en películas mira la totalidad.

La Corte Constitucional en los noventa comienza a hablar de un derecho en específico de libertad artística y lo conceptualiza, divide el derecho en dos momentos el de creación y el de exposición, lo que se convierte en un error, y habla de un momento de creación sin limitación, lo que ya ha sido puesto a prueba por varias obras en el país.

Finalmente, manifestaciones como el baile nudista, han evidenciado las litaciones que tiene nuestra concepción tradicional de la libertad de expresión para extenderle a estas prácticas el estatus artístico, y se comienza a evidenciar que con el internet, una nueva ola de pánico sexual ha invadido principalmente a Inglaterra, que ahora no puede diferenciar entre lo virtual y lo real.

El recorrido ha sido extenso, pero a cada paso se fueron haciendo más evidentes las dificultades que tiene la comprensión de una libertad artística desde la libertad de expresión, no se encuentra en esta una justificación comprensiva de todas las formas de arte, la concepción utilitarista y logocéntrica no ofrece una protección al arte en la época postmoderna. La protección al arte en estos países se ha basado en lo que ha sido alta cultura, los jueces han llevado al mundo del derecho una visión descreída de la posibilidad del arte para amenazar el status quo, las posibilidades de una verdadera

Pasando en particular a lo que tiene que ver con el arte obsceno, habría que entender que cada limite en derecho implica la lucha entre valores e intereses, y que en el caso de la obscenidad en el arte, se trata de una de las relaciones entre moralidad pública versus libertad artística. Analizar la trayectoria que ha tenido la judicialización del arte bajo el cargo de obscenidad, muestra como aún antes de que se reconociera explícitamente una libertad artística, el derecho debe entrar a considerar que lo que juzga es un objeto de arte y por lo tanto debe hacer consideraciones especiales frente a este.

Las consideraciones que justifican la libertad de expresión, no se adaptan a la expresión obscena, que no lleva a una verdad, no cumple un papel en la democracia y tendría importancia para la autonomía de las personas, pero esto podría dejarse a la intimidad de los mismos; de otro lado, el derecho debe lidiar con el hecho de que bajo la pretensión de limitar la expresión obscena, puede también estar censurando al arte, lo cual no se ajusta a nuestra visión del arte como un bien y a nuestras democracias como promotoras de las artes. Sin embargo, la diferencia entre lo que es arte y lo que es mera pornografía no es tan simple, debemos admitir que el arte también puede ser obsceno y que es mejor que cierta pornografía quede en libertad antes de que estemos censurando lo artístico.

El derecho no siempre se ha interesado por lo obsceno, veíamos cómo este interés inicia con la popularización del libro, lo que muestra un perjuicio de clase en Norteamérica e Inglaterra; en Hispanoamérica la censura a los libros inició en la Colonia, se trataba de una censura clerical que no diferenciaba lo obsceno de otros contenidos. Posteriormente, en una evidente reproducción de las normas Españolas se instauró el delito de publicaciones e imágenes obscenas que estuvo vigente hasta los años 80s del siglo veinte, sin que se encuentre información sobre qué tanta fue su aplicación y cómo los jueces concretaron el concepto a la hora de juzgar el arte.

En Inglaterra y Estados Unidos, la obscenidad se remonta al origen oscuro del common law que sería aplicado por los jueces a través de test, ante la dificultad de concretar lo obsceno. Esta preocupación por lo obsceno se da en el contexto de la popularización del libro e inicia con normas aduaneras, lo que evidencia tanto un perjuicio de clase por aquellos que podrían tener ahora acceso a la información, como una actitud xenofóbica frente al ingreso de este tipo de material, especialmente proveniente de Francia, sin embargo todas estas normas que limitaban el material obsceno tuvieron poca aplicación debido a la dificultad de concretar lo obsceno, por lo que se crearon los test de obscenidad.

Los test de obscenidad, son la forma "técnica" en que el derecho ha intentado tratar la obscenidad, y en la medida en que utilicen como criterio lo artístico para redimirlo de la categoría de obscenidad, se convierten en expresión de la libertad artística en estos países, o si se quiere en un protoderecho de libertad artística. En esta tesis hicimos un recorrido por el desarrollo de estos test, que incluyó no solo la consagración de los mismos

insuficientes, y los juicios siguen siendo inciertos. Aun así el arte sigue actuando en el mundo, retando al derecho, mostrándole que su visión estética es obsoleta y señalando hacia un nuevo derecho, cuyos derechos no se basen en valores o funciones utilitarias.

Pasando en particular a lo que tiene que ver con el arte obsceno, habría que entender que cada limite en derecho implica la lucha entre valores e intereses, y que en el caso de la obscenidad en el arte, se trata de una de las relaciones entre moralidad pública versus libertad artística. Analizar la trayectoria que ha tenido la judicialización del arte bajo el cargo de obscenidad, muestra como aún antes de que se reconociera explícitamente una libertad artística, el derecho debe entrar a considerar que lo que juzga es un objeto de arte y por lo tanto debe hacer consideraciones especiales frente a este.

Las consideraciones que justifican la libertad de expresión, no se adaptan a la expresión obscena, que no lleva a una verdad, no cumple un papel en la democracia y tendría importancia para la autonomía de las personas, pero esto podría dejarse a la intimidad de los mismos; de otro lado, el derecho debe lidiar con el hecho de que bajo la pretensión de limitar la expresión obscena, puede también estar censurando al arte, lo cual no se ajusta a nuestra visión del arte como un bien y a nuestras democracias como promotoras de las artes. Sin embargo, la diferencia entre lo que es arte y lo que es mera pornografía no es tan simple, debemos admitir que el arte también puede ser obsceno y que es mejor que cierta pornografía quede en libertad antes de que estemos censurando lo artístico.

El derecho no siempre se ha interesado por lo obsceno, veíamos cómo este interés inicia con la popularización del libro, lo que muestra un perjuicio de clase en Norteamérica e Inglaterra; en Hispanoamérica la censura a los libros inició en la Colonia, se trataba de una censura clerical que no diferenciaba lo obsceno de otros contenidos. Posteriormente, en una evidente reproducción de las normas Españolas se instauró el delito de publicaciones e imágenes obscenas que estuvo vigente hasta los años 80s del siglo veinte, sin que se encuentre información sobre qué tanta fue su aplicación y cómo los jueces concretaron el concepto a la hora de juzgar el arte.

En Inglaterra y Estados Unidos, la obscenidad se remonta al origen oscuro del common law que sería aplicado por los jueces a través de test, ante la dificultad de concretar lo obsceno. Esta preocupación por lo obsceno se da en el contexto de la popularización del libro e inicia con normas aduaneras, lo que evidencia tanto un perjuicio de clase por aquellos que podrían tener ahora acceso a la información, como una actitud xenofóbica frente al ingreso de este tipo de material, especialmente proveniente de Francia, sin embargo todas estas normas que limitaban el material obsceno tuvieron poca aplicación debido a la dificultad de concretar lo obsceno, por lo que se crearon los test de obscenidad.

Los test de obscenidad, son la forma "técnica" en que el derecho ha intentado tratar la obscenidad, y en la medida en que utilicen como criterio lo artístico para redimirlo de la categoría de obscenidad, se convierten en expresión de la libertad artística en estos países, o si se quiere en un protoderecho de libertad artística. En la esta tesis hicimos un recorrido por el desarrollo de estos test, que incluyó no solo la consagración de los mismos

## 1.2. Sobre la existencia de una libertad artística y su contenido

Esta tesis trata de una libertad artística en específico, pero ha llegado el momento de preguntarse si en realidad existe algo como la libertad artística y en qué consiste. Tenemos que a nivel de Cortes Internacionales de Justicia, está plenamente reconocido que la libertad de expresión contempla las formas artísticas, esto a pesar de que no existe una referencia explícita a esta en instrumentos internacionales, pero la referencia a temas como la cultura, las formas simbólicas, la propiedad artística etc., entran a reafirmar la protección a las artes. Desde esta perspectiva es un hecho que la libertad artística existe a nivel internacional y que se trata de una modalidad de la libertad de expresión.

Frente al contenido de este derecho se encuentra que estaría sujeto a las mismas limitaciones de la libertad de expresión, que según el sistema internacional de Derecho al que nos remitamos pueden variar, así en el caso del Sistema Interamericano estaría sujeta a responsabilidades posteriores, mientras que en Sistema Europeo está sujeta a la censura previa. El desarrollo del derecho permite concluir que se puede usar cualquier medio artístico en su elaboración, que no es un derecho exclusivo del artista sino que envuelve el derecho del público a recibir la obra, he incluso la del editor, el vendedor, etc.

Las Cortes Internacionales cuentan con un recorrido sobre esta libertad que no repetiremos aquí, pero permite observar que ha habido un desarrollo en la Corte Europea que se dirige a darle un lugar preferencia a la libertad artística aunque siempre inferior al lugar del discurso político; sin embargo existen algunos inconvenientes en este intensión; el primero es que la Corte Europea cuenta con una doctrina sobre el campo de apreciación que termina legitimando la censura al arte por parte de los Estados, principalmente en temas de blasfemia y obscenidad. De otro lado, la Corte Europea viene haciendo una diferenciación entre forma y contenido que pudo haber copiado de la jurisprudencia inglesa sobre blasfemia, y que permite que se restrinja el arte so pretexto de que es la forma y no el contenido lo que se censura, es un diferencia que no existe en el arte o que precisamente el arte problematiza ya que la forma entra a dar contenido a la obra. La justificación del trato preferente de la libertad artística en la Corte Europea tiene el inconveniente de que tiene como base la visión de que el arte llega a un número limitado de público por lo que no pone en riesgo el *status quo*, lo cual es una visión descreída del arte.

En el campo de la CIDH, la prohibición de censura previa se ha limitado el abordaje de la libertad artística a una simple comprobación fáctica, pero es evidente que en el corto plazo la CIDH tendrá que aclarar temas cómo la censura previa en espectáculos públicos para proteger los menores, y la financiación del arte transgresor que podría incluir lenguaje del odio etc.

Tenemos entonces que a nivel internacional existe una libertad artística que ha sido construida a través de la jurisprudencia, que está lejos de llegar a una forma acabada, y que desde ya queda problematizada por contener un sustento precario.

Trasladando el mismo interrogante a los países en estudio, si bien hemos hecho un recorrido extenso por los inicios a los juicios por obscenidad en el arte, resulta claro que en Norteamérica no se habla propiamente de una libertad artística como tal, aunque la

Pasando en particular a lo que tiene que ver con el arte obsceno, habría que entender que cada límite en derecho implica la lucha entre valores e intereses, y que en el caso de la obscenidad en el arte, se trata de una de las relaciones entre moralidad pública versus libertad artística. Analizar la trayectoria que ha tenido la judicialización del arte bajo el cargo de obscenidad, muestra como aún antes de que se reconociera explícitamente una libertad artística, el derecho debe entrar a considerar que lo que juzga es un objeto de arte y por lo tanto debe hacer consideraciones especiales frente a este.

Las consideraciones que justifican la libertad de expresión, no se adaptan a la expresión obscena, que no lleva a una verdad, no cumple un papel en la democracia y tendría importancia para la autonomía de las personas, pero esto podría dejarse a la intimidad de los mismos; de otro lado, el derecho debe lidiar con el hecho de que bajo la pretensión de limitar la expresión obscena, puede también estar censurando al arte, lo cual no se ajusta a nuestra visión del arte como un bien y a nuestras democracias como promotoras de las artes. Sin embargo, la diferencia entre lo que es arte y lo que es mera pornografía no es tan simple, debemos admitir que el arte también puede ser obsceno y que es mejor que cierta pornografía quede en libertad antes de que estemos censurando lo artístico.

El derecho no siempre se ha interesado por lo obsceno, veíamos cómo este interés inicia con la popularización del libro, lo que muestra un perjuicio de clase en Norteamérica e Inglaterra; en Hispanoamérica la censura a los libros inició en la Colonia, se trataba de una censura clerical que no diferenciaba lo obsceno de otros contenidos. Posteriormente, en una evidente reproducción de las normas Españolas se instauró el delito de publicaciones e imágenes obscenas que estuvo vigente hasta los años 80s del siglo veinte, sin que se encuentre información sobre qué tanta fue su aplicación y cómo los jueces concretaron el concepto a la hora de juzgar el arte.

En Inglaterra y Estados Unidos, la obscenidad se remonta al origen oscuro del common law que sería aplicado por los jueces a través de test, ante la dificultad de concretar lo obsceno. Esta preocupación por lo obsceno se da en el contexto de la popularización del libro e inicia con normas aduaneras, lo que evidencia tanto un perjuicio de clase por aquellos que podrían tener ahora acceso a la información, como una actitud xenofóbica frente al ingreso de este tipo de material, especialmente proveniente de Francia, sin embargo todas estas normas que limitaban el material obsceno tuvieron poca aplicación debido a la dificultad de concretar lo obsceno, por lo que se crearon los test de obscenidad.

Los test de obscenidad, son la forma "técnica" en que el derecho ha intentado tratar la obscenidad, y en la medida en que utilicen como criterio lo artístico para redimirlo de la categoría de obscenidad, se convierten en expresión de la libertad artística en estos países, o si se quiere en un protoderecho de libertad artística. En esta tesis hicimos un recorrido por el desarrollo de estos test, que incluyó no solo la consagración de los mismos

está dada por ciertos tipos de expresión que no estaría protegidas, como la expresión obscena. Las Cortes Norteamericanas han tenido que entrar a considerar lo artístico como un criterio para definir lo obsceno, la Constitución de ese país como los documentos jurídicos de su tiempo tampoco hacen alusión al arte. Similar sucede en Inglaterra donde con la OPA se considera el valor artístico como criterio para excluir la obscenidad. En ambos países existe una jerarquización de la expresión, que Inglaterra adoptó de manera reciente con la incorporación del Acta de 1998, en primer lugar se encontraría la expresión política, en segundo lugar la educacional y en ese mismo nivel podríamos ubicar la expresión artística.

En Colombia con la sentencia T-014 de 1996, se crea y se da contenido a una libertad artística en específico que tendría dos momentos, uno de creación que no tendría limitación y otro de exposición que sí sería susceptible de limitación, sin embargo ya contamos con casos que han problematizado el que esta diferenciación pueda ser aplicada.

Se puede entonces decir que a nivel de los países estudiados existe una libertad artística como modalidad de la libertad de expresión, que en el caso Norteamérica e Inglés cuentan con un origen que puede encontrarse en las prerrogativas dadas a cierta forma de arte en los test de obscenidad, y que en cada país según la forma concepción de libertad artística envuelve unos problemas particulares, siendo únicamente Colombia el país donde a través de la jurisprudencia se crea un derecho que se intenta dotar de un contenido en específico.

### **1.3. Los problemas de entender la libertad artística como una modalidad de la libertad de expresión**

Más que una conceptualización de la libertad artística, esta tesis ha intentado problematizar el entendimiento de la misma a través de la libertad de expresión, los problemas que esta tesis ha identificado son los siguientes:

1. No existe a través en las justificaciones tradicionales de la libertad de expresión, una justificación comprensiva de la libertad artística que envuelva todas las formas artísticas. De otro lado, la justificación utilitarista que tiene la libertad de expresión no se puede aplicar a la postmodernidad artística.
2. La relación del derecho y artes está atravesada por unas tensiones que hacen que el tratamiento dado al arte, sea particular y privilegiado en nuestros Estados, por encima o no de que se trate de una modalidad de la libertad de expresión. Entre estas tensiones se encuentra el que el derecho vea con desconfianza al arte, no pueda entender el movimiento transgresor en el arte, y nuestros Estados consideren el arte como un bien que debe ser subsidiado y ser libre en una visión romántica del arte, que la postmodernidad ha invalidado.
3. La desconfianza del derecho para con el arte, se mantiene principalmente frente a la imagen a la que se tiende a relacionar con lo conductista, mientras lo escrito se relaciona con lo racional.

Pasando en particular a lo que tiene que ver con el arte obsceno, habría que entender que cada limite en derecho implica la lucha entre valores e intereses, y que en el caso de la obscenidad en el arte, se trata de una de las relaciones entre moralidad pública versus libertad artística. Analizar la trayectoria que ha tenido la judicialización del arte bajo el cargo de obscenidad, muestra como aún antes de que se reconociera explícitamente una libertad artística, el derecho debe entrar a considerar que lo que juzga es un objeto de arte y por lo tanto debe hacer consideraciones especiales frente a este.

Las consideraciones que justifican la libertad de expresión, no se adaptan a la expresión obscena, que no lleva a una verdad, no cumple un papel en la democracia y tendría importancia para la autonomía de las personas, pero esto podría dejarse a la intimidad de los mismos; de otro lado, el derecho debe lidiar con el hecho de que bajo la pretensión de limitar la expresión obscena, puede también estar censurando al arte, lo cual no se ajusta a nuestra visión del arte como un bien y a nuestras democracias como promotoras de las artes. Sin embargo, la diferencia entre lo que es arte y lo que es mera pornografía no es tan simple, debemos admitir que el arte también puede ser obsceno y que es mejor que cierta pornografía quede en libertad antes de que estemos censurando lo artístico.

El derecho no siempre se ha interesado por lo obsceno, veíamos cómo este interés inicia con la popularización del libro, lo que muestra un perjuicio de clase en Norteamérica e Inglaterra; en Hispanoamérica la censura a los libros inició en la Colonia, se trataba de una censura clerical que no diferenciaba lo obsceno de otros contenidos. Posteriormente, en una evidente reproducción de las normas Españolas se instauró el delito de publicaciones e imágenes obscenas que estuvo vigente hasta los años 80s del siglo veinte, sin que se encuentre información sobre qué tanta fue su aplicación y cómo los jueces concretaron el concepto a la hora de juzgar el arte.

En Inglaterra y Estados Unidos, la obscenidad se remonta al origen oscuro del common law que sería aplicado por los jueces a través de test, ante la dificultad de concretar lo obsceno. Esta preocupación por lo obsceno se da en el contexto de la popularización del libro e inicia con normas aduaneras, lo que evidencia tanto un perjuicio de clase por aquellos que podrían tener ahora acceso a la información, como una actitud xenofóbica frente al ingreso de este tipo de material, especialmente proveniente de Francia, sin embargo todas estas normas que limitaban el material obsceno tuvieron poca aplicación debido a la dificultad de concretar lo obsceno, por lo que se crearon los test de obscenidad.

Los test de obscenidad, son la forma "técnica" en que el derecho ha intentado tratar la obscenidad, y en la medida en que utilicen como criterio lo artístico para redimirlo de la categoría de obscenidad, se convierten en expresión de la libertad artística en estos países, o si se quiere en un protoderecho de libertad artística. En la esta tesis hicimos un recorrido por el desarrollo de estos test, que incluyó no solo la consagración de los mismos

La preocupación del derecho por lo obsceno en las artes se da en el siglo XIX con la popularización del libro, como una preocupación política por el acceso a la información de un grupo social, que ha sido distintamente recreado como la persona joven, el hombre de apetitos sexuales normales, etc. A partir de esta primera preocupación que surge en la literatura y se traslada luego a la imagen, se han dado distintas olas de represión, con la implementación de nuevos medios de comunicación, recientemente nos encontramos ante una nueva ola producto del internet.

Frente al límite de la obscenidad, los Estados se encuentran ante la encrucijada de conciliar su visión benéfica del arte con reprimir la expresión artística. Las restricciones a la obscenidad subsisten en el derecho angloamericano, y tienen sus raíces en el common law, históricamente estos países han usado como técnica jurídica para concretar lo obsceno los test, y han tenido que integrar a los test el criterio artístico, hablando del valor artístico, valor social, serio valor, etc. Lo que está implícito en esta visión, es que solo unas manifestaciones artísticas a las que se les atribuye valor son las llamadas a recibir este tratamiento privilegiado, cualquier concepción de valor como ya lo demostraba Amy Adler, no puede aplicarse al arte postmoderno, que no intenta hacer una contribución al estado del arte, no intenta ser novedoso, y finalmente el artista no busca una aporte social de ninguna clase.

Ahora bien si bien este criterios ya no resulta valido para lo artístico, siempre es mejor que exista un parámetro por más ambiguo o improcedente, a la cantidad de criterios y opiniones que se encuentran en la legislación Colombiana. En Colombia si bien es cierto no subsiste el límite de la obscenidad, nos encontramos con una serie de comités y opiniones sobre el significado de la palabra pornografía en diferentes legislaciones, estas van desde señalar que orinar en la calle es un ejemplo de lo obsceno según el Código de Policía Nacional, hasta visiones un poco más elaboradas como la de la Corte Constitucional que habla del contexto. Cada una de estas visiones resulta problemática para el arte, que ya no está encerrado en los muros de los museos, y que incluso puede usar los medios de comunicación.

El recorrido histórico seguido ha mostrado como lo artístico aparece siempre como eso imposible de aprender por parte del derecho, a través del límite de la obscenidad.

## **1.5. El presente y el futuro inmediato del límite de la obscenidad**

Es difícil pensar que nuestro Estados renuncien a la persecución de lo obsceno, el compromiso creciente contra la pornografía infantil, y la explosión de imágenes y discursos en la internet a su vez que la expansión de lo artístico en la modernidad, son factores que están haciendo que se reactive la persecución contra la obscenidad y con ella la persecución al arte obsceno.

Veíamos como expresiones marginales como el baile nudista, han encontrado en las nuevas teorías artísticas base suficiente para reclamar el estatus de arte, y de otra parte como el internet ha traído para el derecho el problema de legislar sobre la imagen virtual. Estos son grandes retos que el derecho parece no asimilar, de un lado sigue estancado en su concepción de arte como alta cultura y se niega a expandir los privilegios de lo

Pasando en particular a lo que tiene que ver con el arte obsceno, habría que entender que cada límite en derecho implica la lucha entre valores e intereses, y que en el caso de la obscenidad en el arte, se trata de una de las relaciones entre moralidad pública versus libertad artística. Analizar la trayectoria que ha tenido la judicialización del arte bajo el cargo de obscenidad, muestra como aún antes de que se reconociera explícitamente una libertad artística, el derecho debe entrar a considerar que lo que juzga es un objeto de arte y por lo tanto debe hacer consideraciones especiales frente a este.

Las consideraciones que justifican la libertad de expresión, no se adaptan a la expresión obscena, que no lleva a una verdad, no cumple un papel en la democracia y tendría importancia para la autonomía de las personas, pero esto podría dejarse a la intimidad de los mismos; de otro lado, el derecho debe lidiar con el hecho de que bajo la pretensión de limitar la expresión obscena, puede también estar censurando al arte, lo cual no se ajusta a nuestra visión del arte como un bien y a nuestras democracias como promotoras de las artes. Sin embargo, la diferencia entre lo que es arte y lo que es mera pornografía no es tan simple, debemos admitir que el arte también puede ser obsceno y que es mejor que cierta pornografía quede en libertad antes de que estemos censurando lo artístico.

El derecho no siempre se ha interesado por lo obsceno, veíamos cómo este interés inicia con la popularización del libro, lo que muestra un perjuicio de clase en Norteamérica e Inglaterra; en Hispanoamérica la censura a los libros inició en la Colonia, se trataba de una censura clerical que no diferenciaba lo obsceno de otros contenidos. Posteriormente, en una evidente reproducción de las normas Españolas se instauró el delito de publicaciones e imágenes obscenas que estuvo vigente hasta los años 80s del siglo veinte, sin que se encuentre información sobre qué tanta fue su aplicación y cómo los jueces concretaron el concepto a la hora de juzgar el arte.

En Inglaterra y Estados Unidos, la obscenidad se remonta al origen oscuro del common law que sería aplicado por los jueces a través de test, ante la dificultad de concretar lo obsceno. Esta preocupación por lo obsceno se da en el contexto de la popularización del libro e inicia con normas aduaneras, lo que evidencia tanto un perjuicio de clase por aquellos que podrían tener ahora acceso a la información, como una actitud xenofóbica frente al ingreso de este tipo de material, especialmente proveniente de Francia, sin embargo todas estas normas que limitaban el material obsceno tuvieron poca aplicación debido a la dificultad de concretar lo obsceno, por lo que se crearon los test de obscenidad.

Los test de obscenidad, son la forma "técnica" en que el derecho ha intentado tratar la obscenidad, y en la medida en que utilicen como criterio lo artístico para redimirlo de la categoría de obscenidad, se convierten en expresión de la libertad artística en estos países, o si se quiere en un protoderecho de libertad artística. En esta tesis hicimos un recorrido por el desarrollo de estos test, que incluyó no solo la consagración de los mismos

críticos, que traen a lo legal el discurso formalista del arte que aleja cada vez más el arte de la ciudadanía, y de otro lado parece dispuesto a embarcarse en una persecución de la imagen virtual sin referencia a un daño que la legitime, lo cual amenaza con suprimir garantías caras a nuestro sistema constitucional, como la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad, etc.









# Bibliografía

[1] Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial, Volumen II, 1981

[2] Adler, Amy M. Why is art on trial?, Journal of Arts Management, Law & Society, Winter 93, Vol. 22, Fascículo 4.

[3] Adler, Amy M. The First Amendment and the Second Commandment. 57 N.Y.L. SCH. L. Rev. 41 (2012-2013).

[4] Arcadia, Revista. ¿Cómo decide Facebook qué prohibir? Publicado: 2012-08-14, en Revistaarcadia.com: <http://www.revistaarcadia.com/noticias/articulo/como-decide-facebook-que-prohibir/29269>

[5] Arcadia, Revista. ¿Puede un juez limitar la ficción?, escrita por Hernán D. Caro, Publicado el 2010-03-13, Disponible en: <http://www.revistaarcadia.com/imprensa/polemica/articulo/un-juez-puede-limitar-ficcion/20934>

[6] Archivo Nacional SC.21,43,D.31. Acta que Juan Ignacio Gutiérrez como delegado de la inquisición de Cartagena, levantara con ocasión de los bienes dejados por el Arzobispo Fernando de Portillo, en el año 1804.

[7] Archivo Nacional SC.39, 74, D.26 sobre la precaución de que Nariño y Fermín de Vargas introdujeran material sedicioso de Francia.

[8] Barendt Eric. Freedom of Speech. Oxford University Press, 2009 (Second Edition)

[9] Barton David. The Myth of Separation. What is the correct relationship between Church and State?. Aledo TX: Wallbuilder Press, 1992, vision parcial en <http://candst.tripod.com/case05.htm>

[10] Bezanson, Randall P. Performing Art. National Endowment for the Arts v. Finley. Federal Communications Law Journal, Vol 60, No. 3, June 2008

[11] Botero Moreno Catalina et al. Libertad de prensa y derechos fundamentales: análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), DeJusticia, Andiaros, Bogotá, 2006

- [12] Celis Albán Francisco. Colombia erótica. Intermedio Editores, Bogotá, 2002
- [13] Danto Arthur. Más allá de la caja de Brillo: Las artes visuales desde la perspectiva post-histórica. Akal, Arte Contemporáneo, 2003
- [14] Douzinas Costa y Nead Linda (eds). Law and the image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law. Chicago. IL: University of Chicago Press, 1999
- [15] Dubin C. Steven. Arresting images. Impolitic art and uncivil actions. Routledge, United States of America, 1992
- [16] Fiss Owen. La ironía de la libertad de expresión. Editorial Gedisa, Barcelona, 1999
- [17] Foucault Michel. Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales. Volumen III. Paidós. España, 1999
- [18] García Amado, J.A “Breve introducción sobre Derecho y Literatura”, en Ensayos de Filosofía Jurídica. Editorial Temis. Bogotá. 2003. pp. 366 ss.
- [19] González Zapata Julio. Derecho y Sexualidad: ¿Liberación o Represión?, en Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Vol. 64, No. 144 de 2007.
- [20] Goodrich Peter. Law in the Courts of Love. Literature and Other Minor Jurisprudences. Routledge, London, 1996
- [21] Hall Edith. The Theatrical Cast of Athens. Interactions between Ancient Greek Drama and Society. Oxford, University Press, 2006
- [22] Hughes Robert. La cultura de la queja: trifulcas norteamericanas, Editorial Anagrama. Barcelona, 1994
- [23] Julius Anthony. Transgresiones. El arte como provocación. Ediciones Destino. España, 2002
- [24] Julius Anthony, 2009. Crimes of Transgression. Anthony Julius and Julian Petley discuss obscenity and the limits of liberal tolerance. XML Template, 2009, pgs.50-58.
- [25] Kearns Paul, 1998. Obscenity Law and the Creative Writer: The Case of D.H Lawrence. 22 Colum. –VLA J.L & Arts 525, 1997-1998
- [26] Kearns Paul, 2000. Public Morality Laws and the Creation and Application of Art: The Postmodern Wester Experiencie, en Legal Convergence in the Enlarged Europe of the New Millennium. Editado por Paul L.C. Torremans, Kluwer. Law International, Netherlands.

[27] Kearns Paul, 2006. Antipathy to art in the recalcitrant court. *Amicus Curiae*, Journal of the Society for Advanced Legal Studies, Issue 67, September/October, 2006

[28] Kearns Paul, 2007. Art's demise in the European Court of Human Rights. *Art Antiquity and Law*, Vol. XII, Issue 2 June, 2007.

[29] Kearns Paul, 2010. *The Neglected Minority: The Penurious Human Rights of Artists. En: Rights in Context. Law and Justice in Late Modern Society.* Editado por Reza Banakar. Ashgate Publishing Limited. England, 2010

[30] Kendrick Walter. *El museo secreto. La pornografía en la cultura moderna.* Tercer Mundo Editores. Colombia, 1995

[31] Ladrón de Guevara Pablo. *Novelistas Malos y Buenos.* Colección lista negra, Planeta, Bogotá 1998.

[32] Lovera Parmo Domingo. El mito de la libertad de expresión en la creación artística. *Revista de Derecho.* Volumen XXIII No. 1 de Julio de 2010, Págs. 155-180

[33] Loth David Goldsmith. *Pornografía, erotismo y literatura.* Paidós, Argentina, 1969

[34] Mackey C. Thomas. *Pornography on Trial: A Handbook with Cases, Laws and Documents.* ABC-CLIO, United States of America, 2002

[35] Ministry of Justice. Further Information on the new offence of Possession of Extreme Pornographic Images. November 2008.

[36] National Vigilance Association, *Pernicious Literature.* Debate in the House of Commons. Trial and Conviction for sale of Zola's Novels, London, 1889 disponible en: [http://books.google.com.co/books?id=2v\\_gAAAAMAAJ&pg=PA152&lpg=PA152&dq=queen+v+vizetelly&source=bl&ots=nwZPKq0b68&sig=m1bWvqWMhNeE21bGtgHHRwYcz8c&hl=es&sa=X&ei=5ByQUIWqGoGA9QSFo4GABw&ved=0CDqQ6AEwAw#v=onepage&q=queen%20v%20vizetelly&f=false](http://books.google.com.co/books?id=2v_gAAAAMAAJ&pg=PA152&lpg=PA152&dq=queen+v+vizetelly&source=bl&ots=nwZPKq0b68&sig=m1bWvqWMhNeE21bGtgHHRwYcz8c&hl=es&sa=X&ei=5ByQUIWqGoGA9QSFo4GABw&ved=0CDqQ6AEwAw#v=onepage&q=queen%20v%20vizetelly&f=false)

[37] Peñas Felizzola, Aura Helena. *Génesis del Sistema Penal Colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el Código Penal neogranadino de 1837.* Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2006. Una visión parcial se encuentra en: <http://books.google.com.co/books?id=SOjppXNz3sC&pg=PA262&lpg=PA262&dq=el+de+las+palabras+acciones,+escritos+y+pinturas+y+otras+manufacturas+obscenas&source=bl&ots=7wkaSvluai&sig=1AgsUGD6z2faME8UG6NcJudypCo&hl=es419&sa=X&ei=FiffUNWTEZK29gTToYDwAw&sqi=2&ved=0CFoQ6AEwCQ#v=onepage&q=el%20de%20las%20palabras%20acciones%20escritos%20y%20pinturas%20y%20otras%20manufacturas%20obscenas&f=false>

[38] Reitov Ole. Programme Manager of UN Human Right Council in Global study on the right to artistic freedom. Recurso virtual de la Asociación FREEMUSE disponible en <http://www.freemuse.org/sw49044.asp> consultado, en 11/02/2013

[39] Robayo Alonso Álvaro. La crítica a los valores hegemónicos en el arte colombiano. CAB. Ediciones Uniandes. Facultad de Artes y Humanidades, 2001

[40] Rodríguez Prada María Paola. Investigación y museo: Museo de Historia Natural de Colombia 1822-1830. Revista Cuadernos de Música, Artes Visuales y Artes Escénicas. Volumen 5- Numero 1 /Enero-Junio de 2010. Bogotá, Pgs. 87-108.

[41] Rolph C. H. The Trial of Lady Chatterley. Regina v Penguin Books Limited. A Penguin Special 3/6, London, 1961

[42] Rosenthal Norman. Que la sangre siga corriendo. Presentación al catálogo de la exposición "Sensation". En Revista de Occidente No. 201 Febrero 1998. La hora de los monstruos: imágenes de lo prohibido en el arte actual. Fundación José Ortega y Gasset. Madrid-España

[43] Tamarit Sumalla Josep. La tragedia y La Justicia Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

[44] Vial Solar Tomás, "El Derecho a la Creación Artística en la Constitución." en Libertad de Expresión en Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2006

[45] Villamarín Paola. Nuestras Letras Prohibidas, en El Tiempo, 11 de marzo de 2001, Sección Cultura y entretenimiento, disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-594021>, revisado 12/02/2013

[46] Wahlquist Grant. Achilles' Hell: Revisiting the Supreme Court's Nude Dancing Cases. Southern California Interdisciplinary Law Journal. Vol 20: 695, 2011

[47] Yarce Jorge. La pornografía ante la ley. ARCO. Revista de Pensamiento Colombianos. No. 263, Diciembre, 1986

[48] Young Alison, Judging the Image: Art, Value, Law. Routledge. London and New York, 2005

## **Jurisprudencia Internacional**

### **Corte Europea de Justicia**

Handyside v United Kingdom E Ct HRR 24 (1976), 1 EHRR 737

X and y v United Kingdom 28 DR 77 (1982)

Muller v Switzerland E Ct HRR A 113 (1991), 13 EHRR 212

Choudhury v United Kingdom, 12 HRLJ 172 (1991)

Otto- Preminger Institute v Austria, E Ct HRR A 295-A (1994)

Wingrove v United Kingdom, 24 EHHR 1 (1997)

Karata v Turkey ECHR 23168/ 94 (1999)

Alinak v Turkey. Application no. 40287/98 de 29 de Marzo de 2005

I.A v. Turquía Application No. 42571/98 de 13 de Diciembre 2005

Ergin v Turkey. Application no. 47533/99 de 4 de Mayo de 2006

Vereinigung Bildender Künstler v Austria. Application no. 68354/01 de Enero 25 de 2007

Ulusoy et al v. Turquía Application no. 34797/03 de 3 de Mayo de 2007

Lindon, Otachakovsky-Laurens and July v. Francia (2007) ECHR 21279/02 Yuriy Samodurov and Lyudmila Vasilovskay v Rusia Application no. 3007/06

### **Corte Interamericana de Justicia**

Martorell v. Chile Caso 11.230, Informe No. 11/96

Olmedo Bustos y otros v. Chile Caso No. 11.803

## **Jurisprudencias Nacionales**

### **Casos Inglaterra**

Regina vs. Reid 1708- Las Quince Plagas de la Virginidad

Rex vs Curll de 1725 Venus en el claustro, o La Monja en Enaguas

Regina v Hicklin, L.R. 2 Q.B. 360 (1868)

Regina v Penguin Books Ltd (1961) Crim LR 176

Regina v Gibson and another (1991)1 All ER 439

Campbell v MGN (2004) UKHL 22

Kirk Session of Sandown Free Presbyterian Church's Application (2011) NIQB 26  
sentencia de la Alta Corte de Justicia de Irlanda del Norte.

### **Casos Norteamérica**

Commonwealth vs Sharpless et al, 1815

Commonwealth vs Holmes 1821

Rosen vs United States, 161 U.S. 29 (1896)

United States vs. Kennerley 721 F2d 1252

United Sates vs One book Entitled Ulysses 72 F.2d.705 (1934)

Roth vs United States, 354 U.S. 476 (1957)

A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" vs Attorney General of  
Massachusetts 283 U.S. 413

United States vs Miller, 307 U.S. 174 (1939)

Kaplan vs California 419 U.S. 915 1973

New York vs Ferver, 458 U.S. 747 (1982)

Pope vs Illionois 481 U.S. 497 1987

Barnes vs Glen Theatre 501 U.S, 506 (1991)

National Endowment for the Arts vs Finley, 524 U.S. 569 (1998)

City of Erie vs Pap's A.M 529 U.S. 277 (2000).

Ashcroft, Attorney General vs Free Speech Coalition 535 U.S. (2002),

## **Casos Colombia**

Sentencia T-066/98

Sentencia T-391/2007

Sentencia T-014/1996

Sentencia SU-056/96

Sentencia T-213/2004