

EL DERECHO A LA CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN CULTURAL ESPAÑOLA

I. El objeto de la tesis

El objeto primero de esta tesis es identificar las posibilidades que brinda el marco constitucional español para tutelar el derecho a la cultura. El derecho a la cultura es un derecho complejo y que se presta a la confusión, no tanto por la generalidad y abstracción del término (común a tantos conceptos constitucionales), cuanto la ambigüedad que genera su marcado carácter polisémico. Tampoco contribuye la falta de armonía e interacción entre los estudios jurídicos pertenecientes a distintos ámbitos. Los internacionalistas especializados en derechos humanos seguramente sean quienes hayan dedicado mayores esfuerzos a su desarrollo doctrinal, que en general adolece de una falta de soporte teórico y sistemático, sin ofrecer gran remedio a esta deficiencia, dado el alto grado de incertidumbre y abstracción en que se desenvuelve el Derecho internacional. A nivel nacional, desde el Derecho administrativo se ha dedicado atención a la labor de fomento y de servicio público por parte de la Administración Pública y al régimen jurídico de los bienes culturales y del Patrimonio histórico español. En cuanto a la atención que ha recibido por parte del Derecho constitucional no ha sido demasiado constante, pero ha estado presente a lo largo de la historia del constitucionalismo, especialmente en cuanto a la distribución de materias culturales y a las relaciones de descentralización cultural.

La investigación que propongo tiene, entonces, dos líneas que convergen. La primera consiste en recuperar la perspectiva constitucional de las relaciones entre Estado y cultura, analizando la Constitución cultural española. El objetivo es dotar al Derecho constitucional de una sistematización de los principios y herramientas (casi siempre ya desarrolladas, pero dispersas) para tratar el derecho a la cultura.

La segunda línea tiene como objeto concretar el contenido jurisdiccional del derecho a la cultura en el ordenamiento español para lo que se analizarán las diferentes técnicas de tutela aplicadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. La constitución cultural española

La problemática entre el Estado y la cultura se remonta al siglo XVIII (Fichte), aunque de manera puntual. Sin duda el debate entre Estado y cultura se ha intensificado en la segunda mitad del siglo XX, como demuestra su presencia en las Constituciones de la posguerra y un siempre creciente interés doctrinal y social. En España, en los años 90, varios iuspublicistas (principalmente Enric Fossas, Javier Tajadura Tejada, Jesús Prieto

de Pedro y Marcos Vaquer Caballería) establecieron las bases dogmáticas del derecho a la cultura importando conceptos como Estado de cultura o *Kulturstaat* (Alemania: Huber, Häberle) o Constitución cultural (Italia: Pizzorusso), aunque estos términos han sido utilizados de manera indiscriminada en ocasiones y en la actualidad no rige un sentido unívoco para ellas en España, seguramente por la falta de acogida (exceptuando el voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente a la STC 5/1981) que ha tenido en el Tribunal Constitucional. Por ello, a partir de las aportaciones que se hicieron especialmente en los años 90 propongo dos nociones operativas de Estado de cultura y de Constitución cultural.

- En lo que refiere a Constitución cultural sigo la definición aportada por el prof. Jorge Miranda que la define como el conjunto de preceptos reguladores de la realidad cultural que están, añadiría, agrupados en ámbitos materiales. Diferencio estos ámbitos en función de los distintos significados de cultura en el ámbito constitucional (instrucción, identidad y arte y ciencia). Me separo así de la doctrina que considera que existen dos concepciones de cultura (universal y étnica) en la Constitución española que deben ser reconciliadas en abstracto. Cada una de las acepciones de cultura en la Constitución constituye un bien jurídico que, como todo bien jurídico es susceptible de entrar en conflicto con otros bienes y que debe ser resuelto en función de las circunstancias concretas de la colisión producida.
- En cuanto a Estado de cultura, ha sido entendido por algunos autores de manera análoga a los términos «social», «democrático» o «de Derecho», es decir como fórmula política del Estado. Sin embargo, el Estado de cultura no ha tenido un reconocimiento positivo constitucional, por lo que las consecuencias jurídico-positivas aplicadas a la fórmula política del Estado no operan igual para el Estado de cultura que para el Estado social, democrático y de Derecho. Ahora bien, sí es posible adoptar una definición más modesta que entienda por Estado de cultura la aplicación de determinados principios en la interpretación de los derechos fundamentales (en concreto de aquellos que constituyen la Constitución cultural).

En el estudio de la Constitución cultural partiré de lo ya avanzado por la jurisprudencia y doctrina sobre educación, identidad o ciencia y arte y analizaré cuáles son los principios que el Tribunal Constitucional ha activado para resolver los conflictos suscitados y si se corresponden con los principios conformadores del Estado de cultura. La hipótesis es que de la resolución de conflictos por parte del Tribunal Constitucional no es posible derivar una cláusula como la de Estado de cultura.

1. La cultura entendida como instrucción (el artículo 27 de la CE y el 20.1.c.). En autores como Spagna Musso o Hermann Heller la obligación de instrucción por parte de los poderes públicos (la incorporación más temprana de la cultura en las Constituciones del siglo XIX) era el elemento característico del Estado de cultura –o en el segundo autor, de la «comunidad nacional de cultura»–. El derecho a la educación (como un único derecho compuesto por las distintas facultades

recogidas en el artículo 27, siguiendo la doctrina constitucional) es el único derecho fundamental supeditado de manera expresa a una finalidad (Aláez Corral, B.), a saber «(a)l pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Este objetivo permite distinguir entre enseñanza y educación, de manera que la primera se restringe a los contenidos curriculares, mientras que la segunda queda ligada a la finalidad establecida ex artículo 27 de la Constitución y, por tanto, sometida *al principio de progreso* (STC 133/2010) propio del Estado de cultura. Analizaré la determinación de los contenidos del *pluralismo ideológico* en las opciones educativas (artículos 27.3, 27.6), el papel que juega el principio de progreso como criterio de integración (artículos 27.2, 20.1.c.) y los criterios del Tribunal Constitucional en la resolución de conflictos entre ambos principios. En concreto, se trata de determinar si según la jurisprudencia constitucional puede el pluralismo erigirse en límite del progreso en el ámbito *iusfundamental* del derecho a la educación. Algunos de los casos paradigmáticos que nos permitirán abordar este análisis serán la STC 31/2018; la enseñanza obligatoria de Educación para la Ciudadanía y el *homeschooling* o la impugnación del uso del pin parental en la Comunidad Autónoma de Murcia (expediente finalmente saldado con su archivo por pérdida sobrevenida de objeto).

2. La cultura en su acepción de identidad, tanto en su manifestación interna, como externa.

A) Interna. La articulación territorial española es en sí misma una concreción del principio de pluralismo y, por tanto, la competencia en materia de cultura es una manifestación más de este *pluralismo* que se suma al resto de competencias. El modelo regional italiano atribuye magras competencias legislativas a las regiones, el modelo alemán de la *Kultorhorheit* (soberanía cultural) de los Länder que redundaba en la escasa presencia del Bund en materia de patrimonio cultural (y de nuevo, el *Kulturhorheit* estaba ligado inicialmente a las competencias en materia de educación). El constituyente español ha optado por una opción inédita en el Derecho comparado: la concurrencia plena o total de competencias culturales, consistente en la distribución de las diferentes materias culturales específicas (patrimonio, archivos, bibliotecas, etc.) y la atribución al Estado del «servicio de la cultura como deber y atribución esencial». En España la relación entre la diversidad cultural y la atribución de competencias en materia de cultura es más estrecha en el caso de las nacionalidades históricas, como es propio de un sistema asimétrico. Por ello, se prestará especial atención a la articulación y coordinación de las competencias en materia de cultura entre la Generalitat Catalana y el Estado español. Ahora bien, la descentralización en materia de cultura no solo responde al pluralismo, *sino también al principio democrático* (Fossas, E.), como muestra la Ley foral 1/2019, de 15 de enero, de derechos culturales de Navarra, que constituye el único instrumento normativo del Estado que desarrolla el derecho de acceso a la cultura, reconocido en el artículo 44 de la Constitución, y cuyas facultades subjetivas serán analizadas.

- B) Externa. El pluralismo en el territorio español no se agota en la pluralidad cultural interna, sino que también se manifiesta en el creciente fenómeno de inmigración. El pluralismo aquí puede analizarse en los siguientes niveles: en primer lugar, en la adquisición de la nacionalidad de los extranjeros, que puede responder a un modelo más o menos asimilacionista; en segundo lugar, a través del artículo 14 y el artículo 9.2 de la Constitución española que recoge el derecho a la igualdad. En España el Tribunal Constitucional no ha reconocido un derecho a la diferencia basado en una protección a las identidades colectivas, contrariamente al TEDH (*Muñoz Díaz v. España*). Al articular el pluralismo interno la Constitución reconoce competencias normativas no habilitadas al pluralismo externo. En este apartado sostengo la tesis de que ello no perjudica a los valores del Estado de cultura. La cultura como identidad no puede dar lugar a derechos subjetivos. El pluralismo externo debe quedar garantizado en el tercer nivel, a través de la interpretación multicultural de los derechos fundamentales (como el artículo 16 de la Constitución española), y tiene, en todo caso, como límite la deferencia debida al legislador que legítimamente puede optar por opciones más o menos multiculturales en la configuración legal de los derechos fundamentales. El Estado de cultura como concepto constitucional no encuentra entre sus fines la preservación de las distintas identidades culturales (herencia de un debate que tiene más que ver con las exigencias de un mundo globalizado), sino que nace ligado a la idea de progreso y libre desarrollo de la personalidad.
3. La tercera acepción se trata de la cultura en el sentido más restringido de arte y ciencia, es decir, la cultura en términos de *recursos* y esta noción es el centro de la Constitución cultural española. Estudiaré la doctrina al respecto de su dimensión activa o de libertad de creación (artículo 20.1.c) y de su dimensión pasiva o de acceso a la cultura (artículos 44 CE y 46) y cuyos principios de actuación por parte de los poderes públicos son la *libertad o autonomía* y el *fomento o promoción* por parte del Estado, respectivamente. La cultura entendida como recursos cierra la primera línea de investigación, referente a la Constitución cultural, y con ella se abre asimismo la segunda, que consiste en el análisis del derecho a la cultura. En efecto, el análisis de la Constitución cultural permite concluir que la cultura como instrucción se desarrolla en nuestro marco constitucional como derecho a la educación y que no hay un derecho a la identidad cultural. El concepto jurídico de derecho a la cultura (de acuerdo con los presupuestos del Estado democrático y liberal) debe configurarse como la tutela de la libertad de creación cultural y el acceso a los recursos culturales (que bien pueden ser españoles, egipcios o catalanes) y las obligaciones jurídicas que se derivan para el Estado en su labor de fomento y en su obligación de neutralidad.

En conclusión, la hipótesis de trabajo es que no es posible concluir la existencia de un Estado de cultura en España a partir de la aplicación de sus principios interpretativos en la jurisprudencia constitucional. Por otro lado, el derecho a la cultura no es un derecho fundamental en la Constitución española, pero esto no ha impedido su tutela por vía pretoriana.

III. El derecho a la cultura

La segunda línea de investigación consiste, por tanto, en identificar las distintas formas de tutela de que goza el derecho a la cultura (una tutela especialmente compleja en lo que afecta a su dimensión pasiva, dado su *status procuratoris*) tal y como ha sido definido previamente, no para determinar exclusivamente el nivel de tutela ofrecido por cada uno, sino con vistas a identificar las distintas técnicas jurisdiccionales de que se valen y las posiciones jurídicas en que puedan traducirse.

1. La cultura como garantía institucional. Como veremos la doctrina constitucional es más bien escasa: de un lado, porque, aunque ha señalado la libertad de creación como una concreción de la libertad de expresión (STC 106/1987), no ha se ha producido una continuidad respecto de esta afirmación que haya permitido desarrollar al tribunal las particularidades que afecta a las expresiones artísticas o intelectuales frente a las manifestaciones ideológicas o políticas. Por otro lado, porque la escasa doctrina sobre principios rectores y, en concreto, sobre el artículo 44 dificultan el tratamiento dogmático sistemático de la tutela del acceso a la cultura. No obstante, algún pronunciamiento de los últimos años puede aportar alguna clave al respecto.

Así, el Tribunal Constitucional con motivo de la regulación de la tauromaquia en el Gobierno de las Islas Baleares ha considerado este espectáculo cultural como una garantía institucional (STC 134/2018), lo que permite afirmar la existencia del derecho a la cultura en su dimensión objetiva. ¿Sería, entonces, posible sustraer al legislador la disponibilidad sobre un núcleo intangible de la cultura, configurando de este modo su contenido esencial? ¿Es posible derivar facultades subjetivas de esta garantía institucional como así ha ocurrido, por ejemplo, con algunas garantías institucionales?

2. El TJUE a Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 17, incluye el derecho de propiedad, pero no hace mención alguna al derecho a la cultura (aunque impone a la Unión el respeto a la diversidad cultural en su artículo 22). Por tanto, en la normativa europea el acceso a la cultura se configura como una excepción a un derecho previo: la propiedad intelectual, lo que supone que su aplicación, en tanto que límite a un derecho, debe entenderse de manera restrictiva. Parte de la doctrina critica como injustificada esta excesiva prevalencia del derecho de propiedad intelectual sobre el de acceso a la cultura; prevalencia que, sin embargo, no ha impedido la defensa de la cultura gracias al principio de concordancia práctica. En aplicación de este criterio interpretativo el tribunal persigue que la limitación de un derecho no suponga su vaciamiento, de manera que uno predomine indiscutiblemente sobre el otro, es decir, que los límites aplicados al acceso a la información (recursos culturales) en defensa de los derechos de autor no supongan una merma injustificada en los de los usuarios. De este modo el TJUE ha incorporado al derecho privado un enfoque propio de los derechos fundamentales, concretando los factores que deben ser tenidos en cuenta con vistas a una equilibrada ponderación entre el derecho de

propiedad intelectual y el derecho de acceso a la información (que permite el acceso a los recursos culturales).

3. En cuanto al Consejo de Europa, tampoco la Convención Europea de Derechos Humanos, con sus sucesivos protocolos, ni la Carta Social Europea reconocen el derecho a la cultura (aunque en 2012 el Consejo de Europa adoptó una recomendación sobre el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, el TEDH ha protegido y tutelado el acceso a la cultura través de su subsunción en otros artículos del Convenio, como el artículo 8, relativo a la vida privada y familiar o el artículo 10, que reconoce el derecho de acceso a la información. Si el primero asegura el acceso o la participación efectiva en procesos de formación y desarrollo de la identidad comunitaria, el segundo supone el acceso y la participación de los individuos al conjunto de recursos comunes que componen las artes, la ciencia o la técnica. En cuanto a esta última concepción, una mención especial merece el caso *Akdas v. Turquía*, en el que el Tribunal fundamenta la condena a Turquía (por la prohibición de la obra *Las once mil vergas de Apollinaire*) no en el alega derecho a la libertad de expresión, sino en la ilegítima injerencia del Estado en el acceso de los ciudadanos turcos al patrimonio literario europeo. Esta y otras sentencias del TEDH apuntan a la configuración del derecho a la cultura un derecho de *status procuratoris* (tesis que sostuvo Fernando Simón Yarza respecto del medio ambiente en su excelente estudio sobre tutela medioambiental).

Por tanto, la ausencia de un derecho a la cultura no ha impedido su tutela por vía pretoriana. Así la dimensión objetiva del derecho a la cultura ya ha sido reconocida como garantía institucional por parte del Tribunal Constitucional; algunas de sus facultades subjetivas han sido protegidas con base en el derecho de acceso a la información y la aplicación del principio de la concordancia práctica y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apuntado su naturaleza como derecho desde un *status procuratoris*. El derecho a la cultura queda así fragmentado en múltiples posiciones jurídicas cuya oportunidad y adecuación constitucional serán también estudiadas.