

Capítulo X

El derecho a la cultura^{*}

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El derecho a la cultura aparece en España como derecho fundamental en 1978. Sin embargo, existen algunas referencias indirectas al mismo en nuestro constitucionalismo histórico. Ninguna Constitución del siglo XIX incluyó en su texto el término cultura, pero este aparece, junto a al concepto de civilización (desde una concepción más bien universalista, *infra*, 2.1.1), en el Discurso de Argüelles de 1812, así como en la Exposición de Motivos del Consejo de Ministros anexa al Estatuto Real, para la convocatoria de las Cortes Generales del Reino de 1834¹.

Para hallar una primera referencia importante hay que esperar a la Constitución de 1931, que tituló el capítulo II del Título III como «Familia, economía y cultura», en el cual encontramos tres preceptos de interés². En

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA y Paolo RONCHI, salvo los apartados 2.1 a 2.2.2, redactados por Javier TAJADURA TEJADA.

1. En el Discurso preliminar leído en las Cortes Generales el 24 de diciembre de 1811, la voz cultura aparece de manera accidental: «el inmenso número de originarios de África establecidos en los países de ultramar, sus diferentes condiciones, el estado de civilización y cultura en que la mayor parte de ellos se halla en el día, han exigido mucho cuidado y diligencia para no agravar su actual situación». En cambio, 23 años después, la referencia parece más interesante a los efectos de este capítulo, porque conecta el desarrollo de la civilización y la cultura con la mejora de la condición del pueblo: «mas así que por un concurso afortunado de diferentes causas, empezó a desarrollarse la civilización y la cultura, mejorándose insensiblemente la condición del pueblo, fueron creciendo en importancia las clases medias de la sociedad, y después de adquirir libertades y franquicias municipales, aspiraron a su vez a tener también voto en las asambleas generales de la nación».
2. Para un análisis más detenido, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 347 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

primer lugar, el artículo 45 estableció un mandato algo reiterativo pero bastante preciso de protección (literalmente, «salvaguardia») del patrimonio cultural (en concreto, de «toda la riqueza artística e histórica del país», calificada como «tesoro cultural de la Nación»), pues incluía, además de una cláusula genérica, dos habilitaciones (prohibición de exportación y enajenación y expropiación legal) y una norma de organización (registro del patrimonio cultural). En segundo lugar, el artículo 48, en una línea más próxima al derecho a la cultura, señalaba que «El servicio a la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada». Por último, según el último párrafo del artículo 50, «El Estado atenderá a la expansión cultural de España estableciendo delegaciones y centros de estudio y enseñanza en el extranjero, y preferentemente en los países hispanoamericanos». Como se advierte, el constituyente republicano dio relevancia a la protección de la cultura, en un sentido predominantemente objetivo, sin reconocimiento expreso de derechos subjetivos. Cuando apunta algo en esta dirección (art. 48), lo confunde con la educación.

Las llamadas leyes fundamentales del régimen de Franco prestaron escasa atención a la cultura: únicamente cabe citar el Fuero del Trabajo de 1938, cuyo principio II.6 establecía el deber del Estado de crear «las instituciones necesarias para que en las horas libres y en los recreos de los trabajadores, tengan éstos acceso al disfrute de todos los bienes de la cultura»³. También en el sector laboral, el Fuero atribuía en el principio XIII.6 a los sindicatos (*rectius*: al único sindicato) el poder de crear y mantener «organismos de investigación, formación moral, cultural y profesional». Con independencia de la parquedad y naturaleza no constitucional de tales previsiones, es evidente que en el régimen de Franco no puede hablarse propiamente de derecho a la cultura: como veremos, este exige libertad de acceso a una pluralidad de bienes culturales y el régimen se opuso por sistema a la posibilidad misma de pluralidad. La unicidad de pensamiento y la unidad de España («una, grande y libre») no podían ser terreno fértil para el pluralismo y las diferentes formas de expresión cultural; lo único que se promocionaba, y que podía promocionarse, en toda la legislación estatal, era la «españolidad», la cultura española oficial, la única que podía y tenía que existir, la cultura, mediante la cual debían crearse los arquetipos de «buen español» y «buena española»⁴.

3. La Ley de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 incluyó entre las necesidades de los trabajadores su participación en los beneficios de la cultura (Justificación y directrices, III, 4).

4. En este último sentido, destaca el Decreto 1863/1966, de creación de la Delegación Nacional de Cultura y Formación.

Capítulo X. El derecho a la cultura

La política cultural del régimen fue «abiertamente centralista y dirigista, lo que, con el tiempo, se hizo compatible con cierto aperturismo y tolerancia, a veces inconscientes o involuntarios»⁵. Entre las normas más destacadas⁶, cabe referir, en el marco de la lectura, la Ley de Protección al Libro Español de 18 de diciembre de 1946, que subraya la importancia de la «españolidad», la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, donde se establecen varias previsiones relacionadas con el libro y las empresas editoras, y, en las postrimerías del régimen, la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, mucho más abierta respecto a la precedente de 1946 y en la cual se establecía el régimen del precio fijo de los libros. Finalmente, en materia de patrimonio histórico cabe citar la Ley de 1972, sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, dos Decretos de los años 1940 y 1941, sobre el catálogo monumental, y otro Decreto de 1958, modificado en 1963, sobre monumentos.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

El actual artículo 44 CE no fue objeto de mucha atención por parte de las Cortes Constituyentes. En el Anteproyecto Constitucional ya encontramos una redacción similar a la actual, aunque no explicitaba el acceso a la cultura como derecho: «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso de todos a la cultura. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia, la investigación y la técnica en beneficio del interés general» (art. 37). En el Congreso, entre las varias enmiendas que se presentaron, la del Grupo Parlamentario Vasco (nº 613) fue la más significativa a efectos de este capítulo porque propuso la reformulación del acceso a la cultura en forma expresa de derecho: ésta, según el Grupo Parlamentario Vasco, resulta ser su forma más correcta, rechazándose entonces la «paternalista» que aparecía en el texto del Anteproyecto⁷. Esta enmienda fue aceptada por la Ponencia Constitucional⁸ y, tras una modificación de la numeración, el resultado fue el siguiente «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso de todos a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia, la investigación y la técnica en beneficio del interés general» (art. 40).

En la Cámara Alta se modificó, además de la numeración, la expresión

5. VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 73.

6. Para una relación más detallada, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 73 y ss.

7. SAINZ MORENO, 1980, pp. 370 y ss.

8. BOCG de 17 de abril de 1978, nº 82, p. 1546.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

literal del artículo, pero no su contenido más profundo. El Pleno⁹ aprobó el nuevo artículo 44, donde se afirmaba que «1. Se reconoce el derecho de la persona a la cultura y compete a los poderes públicos el promoverlo y facilitarlo. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia, la investigación y la técnica en beneficio del interés general» (art. 44).

Finalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado¹⁰ acordó la redacción definitiva, redacción que coincide en el contenido con la aprobada por el Pleno del Congreso.

Del debate constituyente puede deducirse, de cara a la interpretación auténtica del artículo 44, que la cultura fue concebida como un auténtico derecho fundamental, cuya titularidad es universal¹¹.

1.2.2. La Constitución cultural española

Las referencias a la cultura en la CE son numerosas, lo que prueba la «amplitud y generosidad propia de este término»¹². Previamente al análisis del tema que nos interesa, el derecho a la cultura, conviene sistematizar tales referencias como sigue:

- a) El artículo 44.1 reconoce expresamente la «cultura» (no sólo el acceso a la misma) como derecho, entendemos que como derecho fundamental, exigible por «todos» ante los poderes públicos, sin que se pueda oponer a ello lo establecido en el artículo 53.3 CE (*supra*, III, 1.2). Desde la interpretación literal, pesan sobre los poderes públicos en concreto dos tipos de obligaciones: expresamente, la promoción y tutela del «acceso» a la cultura e, implícitamente, el respeto, cumplimiento y garantía del «derecho» a la cultura. El estudio del derecho fundamental a la cultura es el objeto de este capítulo.
- b) Volviendo atrás, ya en el Preámbulo (*infra*, 2.2.1), se proclama solemnemente la voluntad de la nación española de proteger «a todos los españoles y pueblos de España» sus «culturas y tradiciones», de lo que se deduce que cultura y tradición son cosas distintas. Más significativa parece la fuerte calificación que la Constitución realiza cuando afirma la voluntad, siempre de la nación española, de promover el progreso de la cultura para asegurar a todos, sin distinción

9. *BOCG* de 13 de octubre de 1978, n° 161, p. 3563.

10. *BOCG* de 28 de octubre de 1978, n° 170, p. 3709.

11. No parecen encontrarse diferencias significativas entre la redacción del Congreso como derecho que pertenece «a todos» y la del Senado como derecho «de la persona».

12. STC 84/1983, FJ 2.

Capítulo X. El derecho a la cultura

alguna, una digna calidad de vida. Parece entonces que para el constituyente la cultura y su progreso son *conditio sine qua non* para la calidad de vida y la dignidad de la persona.

- c) El artículo 3.3 incluye «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España» en el «patrimonio cultural», el cual «será objeto de especial respeto y protección», mandato que sistemáticamente hubiera encajado mejor en el artículo 46. Lo que nos indica el precepto es que, al menos, las «modalidades lingüísticas», forman parte del patrimonio cultural español. No hay en la CE un derecho subjetivo al uso de lenguas distintas al castellano. En todo caso, el derecho a usar el castellano del artículo 3.1 es autónomo con respecto al derecho a la cultura y por tanto no será analizado aquí¹³.
- d) El artículo 9.2 asigna a los poderes públicos el mandato de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida cultural de la nación española. El nexo con el artículo 44.1 CE parece *prima facie* evidente¹⁴.
- e) El artículo 20.1.b) reconoce y protege la producción y creación literaria y artística, actividad calificada por el Tribunal Constitucional como apéndice del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones¹⁵. A nuestro juicio, parece que se trata del embrión, del antecedente necesario del derecho a la cultura¹⁶, la cual estaría todavía en formación. Este derecho fundamental, distinto al que aquí estudiamos¹⁷, constituye la base jurídico-constitucional para que el derecho a la cultura pueda manifestarse de manera efectiva. A esta fase inicial se conecta necesariamente, por medio del artículo 20.4, la protección de la juventud y de la infancia, que podría entenderse como un límite justificador de la «intervención coactiva

13. Para una primera aproximación a la conexión entre lengua y cultura, p. ej., VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 275 y ss. o RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, pp. 1627-1631.

14. Sobre las implicaciones entre libertad e igualdad «real y efectiva» y protección de minorías culturales y colectivos desaventajados, *infra*, 5.1.4.

15. La STC 153/1985, FJ 5, habla de una «una [simple] concreción del derecho». En cambio, en el voto particular, RUBIO LLORENTE afirma que «la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., [no] es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo». Sobre su naturaleza como derecho de libertad véase PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 226 y ss., esp. p. 239.

16. Y aun antes tendríamos el embrión del art. 16, pues sin pensamiento (en sentido amplio) tampoco hay expresión.

17. A veces la doctrina (p. ej. PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 226 y ss. o GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 152 y ss.) incluye, indebidamente a nuestro juicio, el derecho a la creación cultural en el contenido del derecho a la cultura, con consecuencias perjudiciales para la configuración autónoma del derecho del art. 44.1 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de signo policial y de medidas negativas desestimuladoras de una actividad»¹⁸ de carácter creativo en materia de cultura, limitación igualmente aplicable a las intervenciones sobre la libertad de acceso a la cultura (*infra*, 6).

- f) También en el artículo 25.2, relativo a la condición de los condenados a penas de prisión, se encuentra una clara referencia al derecho a la cultura. A pesar de la privación de libertad, el condenado tendrá el derecho de «acceso a la cultura»¹⁹. Nótese la colocación sistemática del derecho a la cultura de los presos en posición inmediatamente anterior de la afirmación concerniente el libre desarrollo de su personalidad. El precepto nos ofrece un argumento importante a favor de la consideración de la cultura como derecho fundamental²⁰, pues no se entendería que los presos gozaran de este derecho y las demás personas no.
- g) El artículo 27.2 CE enuncia, como objetivo de la educación en general (no sólo de la educación reglada) «el pleno desarrollo de la personalidad humana», lo que incluye, naturalmente, el acceso a la cultura, y así lo confirman profusamente nuestras leyes educativas²¹. Pese a la evidente intersección, con sus múltiples problemas, asociados sobre todo (pero no sólo) a la diversidad cultural²², entre educación y cultura, la cultura prestada mediante la educación no será abordada aquí. En términos dogmáticos, consideramos preferible distinguir entre derecho a la educación y derecho a la cultura.
- h) Los artículos 43.3, en cuanto alude al deporte y al ocio, y 44.2, en cuanto se refiere a la ciencia, parecen excluir estas actividades del objeto del derecho a la cultura. En caso contrario, el constituyente las hubiera incluido en el artículo 44.1.
- i) El artículo 46 representa la dimensión objetiva del derecho a la cultura. Acceder a la cultura significa poder disfrutar, pero no sólo del patrimonio histórico, cultural y artístico, esto es, de los bienes cultu-

18. STC 49/1984, FJ 4.

19. Dadas las peculiaridades de la vida en prisión, el derecho parece constituirse aquí, al menos en parte, como derecho de prestación. La STC 11/2006 sigue sin embargo la perspectiva del derecho de libertad, si bien partiendo de la intervención sobre el derecho a la información, no sobre el derecho a la cultura.

20. Si siguiéramos el erróneo criterio de identificar los derechos fundamentales con los ubicados en la sección 1ª del capítulo II del título I.

21. P. ej., arts. 6.3.h) LODE y 2.1.g) y k), 9.1, 17.d), 23.j), 33.1), 39.1, 66.3.d), 67.4, 80.2, 127.i) y 145.1 LOE.

22. Últimamente, p. ej., HUSTER, 2009 pp. 31-43, y PAU y ROCA, 2009, pp. 99-138.

Capítulo X. El derecho a la cultura

rales entendidos en un sentido muy amplio. La falta de protección y promoción de este patrimonio y de los bienes que lo integran representaría una lesión importante del derecho a la cultura; en efecto, la defensa del patrimonio cultural se encuentra directamente en función de su utilización y disfrute por la colectividad, esto es, la consagración implícita del derecho de participación²³ y acceso a los bienes que integran dicho patrimonio por parte de toda persona. Como lo objetivo sirve a lo subjetivo, parece claro que tanto el fomento y la promoción de la cultura como la conservación y la promoción del patrimonio cultural (en sentido, repetimos, amplio) tienen como objetivo el mejoramiento del nivel cultural de los titulares del derecho. De ser así, «en ningún caso la acción de los poderes públicos puede reducirse a la simple gestión del patrimonio heredado por las generaciones precedente: esta acción tiene, en cambio, que ofrecer un impulso a la creación y distribución de los hechos culturales»²⁴.

- j) Los artículos 48 (directamente) y 39.3 (indirectamente), por vía del artículo 31.2 del Convenio sobre los Derechos del Niño (*infra*, 1.3.1) establecen la participación libre y eficaz tanto de la juventud como de los niños en la vida cultural. En estos dos casos, las políticas culturales tienen que ser muy metódicas y respetar plenamente el dictado constitucional (*infra*, 5.1.3). Por lo que concierne a los ciudadanos durante la tercera edad, el artículo 50 conecta el efectivo bienestar de estas personas a eventuales problemas específicos en materia, entre otras, de cultura.
- k) En conclusión, parece necesario y útil hacer referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En relación con el derecho a la cultura²⁵, esta temática necesita un análisis algo más detenido.

Varias disposiciones del Título VIII de la CE abordan el tema de la cultura. Ante todo, debe citarse el artículo 149.2 CE, según el cual «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Es-

23. PÉREZ LUÑO, 1984, p. 302.

24. AINIS y FIORILLO 2008, pp. 352. Los autores hace referencia al panorama italiano y en particular a los museos; *mutatis mutandis*, la idea puede utilizarse también para el ordenamiento español y, sobre todo, ampliarse a toda institución cultural. En el ámbito español véase GARCÍA ESCUDERO y PENDÁS, 1986, pp. 18 y ss. y 59 y ss.

25. Para un análisis más amplio del tema, más allá del carácter instrumental de nuestra lectura, p. ej., RUIZ ROBLEDO, 1998, pp. 25-30 y, con propuestas importantes de reconstrucción, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 313 y ss. Específicamente sobre el ámbito del libro, FERNÁNDEZ FARRERES, 2008, pp. 415 y ss.; sobre el teatro, NÚÑEZ GÓMEZ, 2008, pp. 153 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas». El primer inciso establece un auténtico ejemplo de competencia concurrente²⁶ y, a su vez, genérica en relación con la cultura. Esta elección parece coherente tanto con el carácter abierto que la Constitución atribuye a la cultura como con la naturaleza intrínseca de la misma. En la gran mayoría de las disposiciones constitucionales no se habla, de manera excluyente, sólo del Estado central o sólo de las Comunidades Autónomas, sino de los poderes públicos, definición en la cual pueden, por su amplitud, encajar muchos sujetos pasivos u obligados (*infra*, 5.2.1), más allá por tanto del nivel estatal y del autonómico. También el segundo inciso resulta de fácil glosa para el intérprete. Este inciso detalla una de las formas de acción estatal hacia el fomento de la cultura, la facilitación por parte del Estado de la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, y, adicionalmente, consagra también la modalidad común de esta comunicación cultural, es decir, los principios de conformidad y de cooperación o colaboración²⁷. Todo esto, sin llegar a la conclusión extrema de que cualquiera actuación estatal requiera el consentimiento de las Comunidades Autónomas.

Siempre sobre el artículo 149.2 CE se ha subrayado que, también por haber sido puesto en un apartado propio, es decir distinto de los dos precedentes, el significado del precepto va más allá de su naturaleza estrictamente competencial; en fin, este apartado tiene un carácter imperativo y valorativo²⁸: *prima facie* la cultura viene considerada por el Estado en forma de deber, calificado como esencial por el mismo texto, lo que a su vez «se corresponde con su propia sustancia en cuanto expresión organizada de una Comunidad»²⁹, esto es, con un carácter valorativo³⁰.

Para concluir con el análisis de este precepto, la cultura es algo estrechamente ligado a la persona tanto *uti singuli* como *uti universi*, es decir en relación con el cuerpo social. Por esa naturaleza intrínseca, la cultura «viene a formar parte de la competencia propia o institucional de cualquier tipo de ente territorial, expresión inmediata de una comunidad: y ello prescindiendo de todo reconocimiento y de todo reparto rígido de competencias» es decir,

26. Para un análisis de las calificaciones de esta competencia, PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 262, nota 444, y la bibliografía allí citada.

27. En este sentido véanse *infra* las referencias a las SSTC 106/1987 y 17/1991.

28. PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 179.

29. MUÑOZ MACHADO, 1983, p. 585.

30. Algunos autores han conectado de manera muy estricta a este «deber esencial» la idea de una «cultura común» o de un «patrimonio cultural común». Véanse, p. ej., PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 181, y ASENSI SABATER, 1985, p. 270.

Capítulo X. El derecho a la cultura

la cultura no puede considerarse susceptible «de ser distribuida en régimen de exclusividad o de compartición entre los diferentes poderes públicos, sino que siendo que allí donde hay una comunidad hay manifestaciones culturales es siempre posible que los entes públicos representativos de cualquier nivel adopten medidas en relación con las mismas»³¹. Nuestro sistema constitucional permite entonces una actuación en materia de cultura plena y también, lo que no es poco, una diversificación y adaptación adecuada a las diversas realidades de España.

De otro lado, el artículo 149.2 CE ratifica con rotundidad la tesis que venimos sosteniendo en esta obra sobre la compatibilidad entre contenido mínimo estatal y contenido adicional autonómico de un derecho: ninguna tacha de inconstitucionalidad, antes al contrario, puede oponerse a que las Comunidades Autónomas amplíen el contenido del derecho fijado por la ley estatal. En cultura, nada sobra.

En segundo lugar, los artículos 149.1.9, 149.1.28 y 149.1.29 CE atribuyen al Estado central competencia exclusiva en materia, respectivamente, de propiedad intelectual, defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación y de museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de que su gestión sea asumida por las Comunidades Autónomas. Por su parte, el artículo 148.1.17 CE faculta las Comunidades Autónomas a hacerse cargo de las competencias en materia de «fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma», mientras los artículos 148.1.14, 15 y 16 permiten la asunción de competencias, respectivamente, sobre artesanía, museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma y también sobre patrimonio monumental de interés autonómico.

Las dos expresiones que se utilizan para el nivel estatal («servicio a la cultura», art. 149.2) y para el autonómico («fomento de la cultura», art. 148.1.17) tienen un alcance y un significado coincidente, los cuales, a su vez, no pueden interpretarse en un sentido que restrinja su significado, es decir que este servicio o fomento no puede limitarse simplemente a «una acción administrativa de apoyo o estímulo a las iniciativas individuales», sino que comprende «todas las acciones públicas precisas para la expansión, protección y desarrollo de un sector o actividad [...] en definitiva, [para] atender y sostener todas las manifestaciones culturales pasadas, latentes o expresas y actuales de la comunidad organizada en régimen de autonomía y los individuos que la integran»³².

31. Respectivamente, ZACCARIA (1978, p. 313) y MUÑOZ MACHADO (1983, p. 577). Véase *infra* también el comentario a la STC 49/1984.

32. MUÑOZ MACHADO, 1983, p. 584.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

De la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias en materia de cultura destacan algunas ideas útiles para la interpretación del derecho a la cultura:

- En la primera Sentencia sobre la materia, la 84/1983, el Tribunal, al resolver un conflicto positivo de competencias entre el Estado central y la Comunidad Autónoma de Cataluña, abordó muy sintéticamente el concepto «competencial» de cultura, limitándose a reconocer el «impreciso deslinde competencial en esta materia de "cultura", donde la terminología utilizada en el bloque constitucional está impregnada de la amplitud y generalidad propia de este término, derivada de las consiguientes imprecisiones conceptuales y dificultades prácticas para establecer ámbitos competenciales excluyentes».
- El verdadero caso «pilot» en la cuestión competencial relativa al derecho a la cultura es la STC 49/1984. El máximo intérprete de la Constitución afirmó que «pecaría de *superficial* todo intento de construir sobre la idea de competencia en materia de cultura, concretada al art. 148.1.17, *una competencia omnimoda y excluyente*. La lectura de otros artículos de la CE (sobre todo el art. 149.2, pero también los que en la lista de este título se refieren a materias culturales) y una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional *tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas*, y aún podríamos añadir de *otras comunidades*, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas *pueden ostentar competencias*, [...] ésta es la razón a que obedece el art. 149.2 de la CE en el que, después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el *servicio de la cultura como deber y atribución esencial*» (cursivas nuestras, GE y PR). Según el Tribunal, entonces, no se puede hablar de un reparto competencial vertical, sino más bien de una concurrencia de competencias «ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente», quedando además claro que esta doble atribución no se fundamenta sólo en el ya citado artículo 149.2 sino también en el artículo 2, del que se deriva una acción promocional autonómica, inherente a la comunidad. El Estado posee «un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias, e[...]s algo que está en la línea de la proclamación

Capítulo X. El derecho a la cultura

que se hace en el indicado precepto constitucional [...] *sin que esto prejuzgue ni el alcance del ejercicio de las competencias* de esta naturaleza que puedan tener determinadas Comunidades Autónomas, dado el carácter concurrente de las competencias estatales y comunitarias en el ámbito cultural, *ni la solución de futuros conflictos de competencia planteados al respecto*» (nuevamente, cursivas nuestras, GE y PR). La naturaleza propia de la diversidad de la sociedad y su intrínseca fluidez³³, esto es, su incesante devenir cultural, exigen esta situación de concurrencia, situación confirmada también, con algunas matizaciones a la idea de concurrencia en sucesivas sentencias del Alto Tribunal como, por ejemplo, las SSTC 17/1991, 109/1996 o 71/1997. Concluyendo, para el Tribunal Constitucional la locución latina *ubi societas, ibi ius* tendría que transformarse en *ubi societas, ibi cultura*, y por tanto cualquier organización pública podría ejercer competencias en materia de cultura.

- Para solucionar los conflictos derivados de la peculiar naturaleza de esta materia, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 106/1987, afirmó que «la existencia de competencias de ejecución autonómica supone la necesidad de establecer los instrumentos de coordinación y colaboración de las Administraciones Públicas implicadas» y en la posterior 17/1991, afirmó la existencia de un deber general de colaboración entre el Estado y las Comunidades también en este ámbito competencial, deber que «se ve reforzado por el mandato del art. 149.2».
- El artículo 9 LPHE establecía que los Bienes de Interés Cultural podían declararse mediante la misma LPHE o mediante Real Decreto. El artículo, entre otras disposiciones, fue impugnado por varias Comunidades Autónomas porque a su juicio el uso del Real Decreto podría menoscabar sus competencias, limitándolas a la mera tramitación del expediente. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 17/1991, no declaró la inconstitucionalidad del artículo, pero afirmó que se ajustaba al bloque de constitucionalidad si «se entiende referido solamente a aquellos supuestos en que es competente el Estado para la ejecución de la Ley», o sea cuando los bienes están adscritos a la Administración General del Estado o al Ente Público Consejo de Administración de Patrimonio Nacional; en todos los demás supuestos la competencia de la declaración de interés cultural de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español radicados o existentes en una Co-

33. Véase BAUMAN, 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

munidad Autónoma tienen que pertenecer a la misma, siempre que hubiera asumido la respectiva competencia.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

1.3.1. Panorámica del bloque del artículo 10.2 de la Constitución

Los textos internacionales más relevantes para la interpretación del artículo 44.1 CE son los siguientes:

- a) En el marco de la ONU, claras referencias al derecho a la cultura se encuentran ya en la Carta fundacional de 1945. Su primer artículo, que ilustra los propósitos de las Naciones Unidas, habla de «la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter [...] cultural», propósito que la Carta repite también en su artículo 55.1.b), esto es, en la parte relativa a la cooperación internacional económica y social. Coherentemente a su intrínseca naturaleza, este propósito penetra toda la Carta: así, la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para «fomentar la cooperación internacional en materias de carácter [...] cultural» [13.1.b)] y el Consejo Económico y Social es competente para «hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter [...] cultural y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados» (art. 62.1). Tres años después, la DUDH, tras haber afirmado el derecho de toda persona «a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos [...] culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» (art. 22), reconoce el derecho de «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» (art. 27.1) y el de obtener «la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» (art. 27.2).

A nivel de tratados específicos sobre derechos humanos, el texto más importante es, sin duda alguna, el PIDESC de 1966, cuyo artículo 15 subraya la importancia del derecho a la cultura en sus varias manifestaciones. En su apartado primero, reconoce «el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y beneficiarse de la protección

Capítulo X. El derecho a la cultura

de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Tras haber enunciado estos tres derechos, retomados de la Declaración Universal, en su apartado segundo el artículo 15, de manera no exhaustiva sino siempre a título de ejemplo, señala unas medidas preceptivas para los Estados: todas las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. Además, en el tercer apartado, se impone a los Estados el respeto de la libertad, cualificada como indispensable, para la investigación científica y para la actividad creadora. Incluso se reconocen «los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales». El artículo 15 PIDESC ha sido objeto de desarrollo por la importante Observación General n° 21, de 21 de diciembre de 2009 (OG 21), que utilizaremos con profusión a lo largo de este capítulo, como elemento interpretativo básico, *ex* artículo 10.2 CE, del artículo 44.1 CE, y ello pese a que este documento parte de una concepción del derecho bastante más amplia de la que cabe derivar, como veremos, de nuestra norma constitucional, y pese a que no adopta como perspectiva central (aunque no la excluye) la que aquí será dominante, la del derecho de prestación.

El PIDCP, coetáneo al PIDESC, conecta la cultura con el derecho a la libre determinación de los pueblos y con la protección de las minorías. Desde el primer punto de vista, el Pacto establece que los pueblos «proveen a su desarrollo [...] cultural» (art. 1.1). Desde el segundo punto de vista, se establece que en los Estados donde existan «minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural [...] y a emplear su propio idioma» (art. 27). También en otros convenios internacionales sobre derechos humanos se encuentran, aunque a veces de manera fragmentaria, referencias al derecho a la cultura, configurando en ocasiones un auténtico derecho subjetivo, tal y como sucede en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 [art. 5.e)], la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 [art. 13.c)]³⁴, la Conven-

34. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, más que concretar las prestaciones culturales que benefician a las mujeres, ha destacado que las tradiciones culturales no deben menoscabar sus derechos; p. ej., Recomendaciones Generales 14 (1990), 19 (1992) o 23 (1997).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción sobre Derechos del Niño de 1989 [arts. 17.a), b), c) y d), 20.3, 23.3, 29.1.c), 30 y 31]³⁵ o la CDPD de 2006 (art. 30).

Por último, en el marco de Naciones Unidas cabe citar la importante Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecha en París el 20 de octubre de 2005 y ratificada por España el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de febrero de 2007). Si bien no adopta como perspectiva principal el derecho a la cultura como tal³⁶ (aunque habla, en su art. 2, sobre los «principios rectores», con no muy buena técnica jurídica, de un «derecho fundamental de participación y disfrute» de los individuos y los pueblos de los «aspectos culturales» del desarrollo), contiene algunos preceptos útiles para concretar, *ex* artículo 10.2 CE, la concepción constitucional de la cultura y para afianzar la exigibilidad de alguna de las obligaciones estatales que cabe derivar, como veremos, del contenido del derecho³⁷.

- b) En el marco del Consejo de Europa, cabe citar el Convenio cultural europeo de 1961, que impone a los Estados «salvaguardar su aportación al patrimonio cultural común de Europa y fomentar su desarrollo» (art. 1) y, más concretamente y en la medida de lo posible, la obligación de «fomentar entre sus ciudadanos el estudio de las lenguas, historia y civilización de los demás Estados», «[ofrecer] a estos últimos, en su territorio, facilidades tendente al desarrollo de tales estudios», «fomentar el estudio de su lengua o de sus lenguas, de su historia y civilización en el territorio de los demás Estados y [...] ofrecer a los ciudadanos de estas últimas la posibilidad de realizar semejantes estudios en su territorio» (art. 2). Resultan también de interés textos tan heterogéneos como el Convenio europeo sobre la protección del patrimonio arqueológico de 1969, el Convenio para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa de 1985, la Convención europea sobre la coproducción cinematográfica de 1992, que fomenta el cine europeo mediante la coproducción de

35. *Vid.* la Observación General del Comité de Derechos del Niño n° 1, sobre propósitos de la educación, adoptada en 2001, donde se insiste en la necesidad de una educación adecuada al contexto de cada cultura.

36. Si acaso, enlaza el principio de diversidad cultural con los «derechos culturales» del PIDESC, perspectiva ésta que, aunque no será la adoptada aquí, aporta algunas consideraciones de interés. En general, UNESCO, 2009, pp. 226 y ss.

37. En contra sobre la utilidad de la Convención, PAU y ROCA, 2009, p. 77. Coincidimos no obstante con estos autores en la escasa densidad normativa (autónoma, añadiríamos) de la Convención.

Capítulo X. El derecho a la cultura

obras de calidad, y el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales de 1995.

El CEDH de 1950 no se refiere directamente al derecho a la cultura, pero sí al hablar de la libertad de expresión (art. 10), la cual, a pesar de considerarse comúnmente conectada con los medios de comunicación, puede también exteriorizarse mediante el libro, el cine, la música y el arte en general. El Convenio establece también unos límites a la libertad de expresión, la cual puede «ser sometida a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial» (art. 10.2). En algunos asuntos concretos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha justificado intervenciones sobre manifestaciones culturales, como la multa y secuestro de lienzos que representaban con crudeza las relaciones sexuales, en especial entre hombres y animales³⁸, la retirada y confiscación de películas por denigración de las doctrinas religiosas³⁹ y la condena al autor de una obra literaria sobre los sufrimientos del pueblo kurdo causados por el Estado turco⁴⁰. En otros asuntos, la intervención ha sido considerada injustificada, como en el caso de una multa y cierre de una exposición artística de crítica política⁴¹.

En cuanto a la CSE de 1961, no contiene un reconocimiento expreso, autónomo y universal del derecho a la cultura, pero sí referencias a las necesidades culturales de determinados colectivos, en forma más de mandatos a los poderes públicos que de figuras jurídico-subjetivas (*infra*, 5.1.3).

c) En el sistema de la Unión Europea no hay un reconocimiento explícito del derecho a la cultura, pero la misma se menciona dentro del

-
38. STEDH *Müller y otros* contra Suiza, de 24 de mayo de 1988. Según el TEDH «teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disfrutaban [los Estados], los tribunales suizos actuaron conforme a Derecho al considerar "necesario" para la protección de la moral el secuestro de los lienzos litigiosos» (FJ 43).
39. SSTEDH *Otto-Preminger-Institut* contra Austria, de 27 de septiembre de 1994 y *Wingrove* contra Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996.
40. STEDH *Arslan* contra Turquía, de 8 de julio de 1999.
41. STEDH *Verenigung Bildener Künstler*, de 25 de enero de 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

marco de las políticas de la Unión, en el Título XIII del TFUE, titulado precisamente «Cultura»⁴². El artículo 167, en su primer apartado, afirma el deber (no mera habilitación) de la Unión de contribuir «al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común». De mayor interés es el apartado segundo, que establece la obligación activa de la Unión Europea de favorecer, apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en «la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos, la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea, los intercambios culturales no comerciales [y] la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual». Seguidamente, se fija la competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados para el fomento de la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura y el deber de tener en cuenta los «aspectos culturales» en las demás políticas de la Unión (transversalidad). Lo que el TFUE innova sobre el TCE es la obligación del Parlamento y del Consejo de adoptar, por unanimidad, medidas de fomento de la cultura y la obligación del Consejo, a propuesta de la Comisión, de adoptar recomendaciones en la misma materia (art. 167.5).

En cuanto a la CDF, ya en su Preámbulo recuerda la contribución de la Unión «a la preservación y al fomento de [sus] valores comunes [dignidad, libertad, igualdad y solidaridad] dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa». No hay un reconocimiento general del derecho a la cultura como tal pero en el capítulo dedicado al valor de la igualdad, el artículo 22 señala que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística»⁴³ y, siempre en el mismo capítulo, el artículo 25 afirma que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores [...] a participar en la vida [...] cultural»⁴⁴.

-
42. Para la normativa anterior del TCE, sustancialmente similar, p. ej., VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 153 y ss. y GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 243 y ss.
43. Con naturaleza de principio, con las consecuencias jurídicas que mencionamos en ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 378 y ss.
44. Refiriéndose a este artículo, parece que el derecho a participar en la vida cultural pertenece a cada ciudadano; garantizarlo sólo a las personas mayores chocaría con la pretensión de universalidad de la CDF. *Vid.* también el razonamiento que se ha hecho para el art. 25.2 CE (*supra*, 1.2.2).

1.3.2. Referencia a otros documentos internacionales

Otros documentos y convenios se hacen necesarios para interpretar el derecho a la cultura⁴⁵, especialmente en cuanto a su garantía objetiva, consistente, entre otras cosas, en la protección del patrimonio cultural:

- a) En el sistema de Naciones Unidas, cabe citar la Convención de La Haya, de 1954, sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes, de 1970; la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural, de 1972, que instituye la calificación de «Patrimonio de la Humanidad»; la Recomendación sobre la educación para la comprensión, cooperación y la paz internacional y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 1974; la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, de 2001; y la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de 2003. Se señalan, además, las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 53/243, de 6 de octubre de 1999 (Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz), y 56/6 (Programa Mundial para el Diálogo entre Civilizaciones), de 21 de noviembre de 2001. En el marco del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), hay que señalar el Convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente de 1995. Para terminar se deben citar los documentos internacionales elaborados en el marco de la UNESCO: las Declaraciones de la Conferencia de Venecia, de 1970, de la Conferencia Mundial de Políticas Culturales celebradas en México en 1982 y los Principios de cooperación cultural internacional de 4 de noviembre 1966.
- b) En el sistema del Consejo de Europa, cabe citar las Recomendaciones del Consejo de Ministros (1986) 9 E, sobre el derecho de reproducción y la política cultural; (1986) 17 E, sobre la acción cultural concertada al extranjero; (1996) 6 E, sobre la protección del patrimonio cultural contra los actos ilegales; (1997) 2 E, sobre la protección del patrimonio cultural contra el deterioro causado por la contamina-

45. El art. 10.2 CE obliga al intérprete de la CE a tener en cuenta los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales («las mismas materias»). La mayor parte de los que siguen no son, en puridad, tratados sobre derechos; ahora bien, si consideramos, como se demostrará después, que guardan relación directa con la garantía objetiva del derecho a la cultura, bien podrían considerados integrados en el bloque al que se refiere el citado precepto constitucional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción; y (2006) 3, sobre la protección y promoción de la diversidad en la expresión cultural; las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 1042 (1986), sobre la protección del patrimonio cultural en situaciones de desastre; 1072 (1988), sobre la protección internacional del patrimonio cultural y la circulación de las obras de arte; 1075 (1988), sobre la cooperación intercultural europea; y 1851 (2008) y 1638 (2008), ambas sobre la técnicas de conservación de la artesanía y del patrimonio cultural.

- c) En el sistema de la Unión Europea, destacamos la Decisión de la Comisión, de 14 de enero de 2005, por la que se establece la Agencia ejecutiva en el ámbito educativo, audiovisual y cultural, encargada de la gestión de la acción comunitaria en tales ámbitos; la Resolución del Consejo, de 16 de noviembre de 2007, relativa a una Agenda Europea para la Cultura; y las Conclusiones del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativas a la biblioteca digital europea EUROPEANA.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

1.4.1. Panorámica de la legislación cultural estatal

A nivel estatal no existe una ley específica de desarrollo directo del derecho a la cultura. Sin embargo, la legislación cultural española, considerada en su conjunto, implica sin duda un reconocimiento bastante amplio de este derecho. Previamente al análisis sistemático del derecho a la cultura conviene ofrecer una panorámica sistematizada de la legislación cultural estatal:

- a) La LBRL atribuye competencias y obligaciones a todos los Municipios sobre actividades o instalaciones culturales [art. 25.2.m)] y a aquellos con población superior a 5.000 habitantes sobre bibliotecas públicas [art. 26.1.b)], facultando a los mismos a realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones en relación, entre otros ámbitos, con la cultura (art. 28), lo que confirma lo afirmado sobre la implicación de todos los poderes públicos en materia cultural (*supra*, 1.2.2).
- b) En materia de *bienes culturales* cabe citar ante todo la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁴⁶, cuyo objetivo principal es la protección y enriquecimiento de los bienes que integran el Pa-

46. Para una visión panorámica del sector, p. ej., GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 128 y ss., 151 y ss., 417 y ss. y 445 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, 2009, pp. 291 y ss.; y DESCALZO GONZÁLEZ, 2009, pp. 347 y ss.

Capítulo X. El derecho a la cultura

Patrimonio Histórico Español, definido en el Preámbulo como el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. Esta Ley tiene mucho que ver con el artículo 44 CE porque su finalidad última, a la vista del Preámbulo, es «el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico». En efecto, toda medida de fomento y protección del patrimonio histórico tiene sentido si y sólo si conduce, al final, «a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo»; de esta forma, la protección no es sino un medio para el disfrute por todos de la cultura. Sin la protección del patrimonio histórico el derecho a la cultura existiría sólo de forma potencial y totalmente aleatoria. Precisamente, el respeto de la ley, pero no sólo de ésta, se convierte así en una garantía objetiva del derecho a la cultura (*infra*, 7.2).

La Ley parte de un concepto amplísimo de patrimonio, el cual no se define, como sucedía con anterioridad y de manera excluyente, como histórico-artístico, sino como histórico a secas. Así, el artículo 1.2 señala que forman parte del patrimonio histórico español «los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico». La LPHE establece tres categorías de bienes: los declarados, tras el oportuno procedimiento, «Bienes de Interés Cultural» (BIC, arts. 9 y ss.)⁴⁷, calificación atribuible tanto a los inmuebles como a los muebles; los «Bienes incluidos en el Inventario general» (art. 26)⁴⁸, aplicable sólo a los muebles y, de forma residual pero significativa, los integrantes del Patrimonio Histórico Español, esto es, los citados en el artículo 1.2 LPHE, a falta de declaración administrativa como, por ejemplo, los bienes arqueológicos aún enterrados.

En relación con los museos, se encuentran referencias en el artículo

47. *Vid.* La STC 17/1991, citada *supra*, 1.2.2.

48. Sobre el Inventario General de Bienes muebles véanse los arts. 24 y siguientes del RD 111/1986, de desarrollo parcial de la LPHE. En particular, la inclusión en este Inventario corresponde, según el art. 29, «al Ministerio de Cultura si se trata de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional» mientras que, en los restantes casos, corresponderá a las Comunidades Autónomas.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

59.3 LPHE, que los define como «instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de estudio, educación y contemplación conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural».

Entre el gran número de fuentes relativas al sector museístico, cabe citar la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado. El aumento exponencial tanto de los visitantes como de los fondos ha obligado a un replanteamiento general de todas las facetas que rodean la vida del Museo mediante una nueva regulación de rango legal, cuya obligación esencial, se lee en el Preámbulo⁴⁹, es, además de conservar su patrimonio, «difundirlo y darlo a conocer a todos los ciudadanos». En el artículo 3 se fijan los objetivos y fines del Museo Nacional del Prado, entre las cuales destacan los de «garantizar la protección y conservación, así como promover el enriquecimiento y mejora de los bienes del Patrimonio Histórico Español adscritos al mismo» y «fomentar y garantizar el acceso a las mismas del público y facilitar sus estudios a los investigadores» (*infra*, 4.2).

- c) El fomento y promoción cultural de los poderes públicos tiene otro campo de actuación: *las bibliotecas y la lectura en general*. En 2007 fue promulgada una novedosa Ley, la 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (LLLB)⁵⁰, que ha incidido mucho en éste ámbito. Ha recibido algunas críticas por instaurar el régimen de canon al préstamo de libros, impuesto por la Directiva 92/100/CEE, cuyo incumplimiento había señalado en numerosas ocasiones el TJCE⁵¹ (*infra*, 7.3).

La LLLB establece planes de fomento de la lectura, como «herramienta básica para el ejercicio del derecho a la educación y a la cultura». Estos planes serán aprobados y desarrollados por el Gobierno y, en un segundo momento, elaborados, evaluados y actualizados periódicamente por el Ministerio de Cultura, sin olvidar una dotación presupuestaria definida como «adecuada». Además de este instrumento, la Ley prevé otro deber que incumbe al Gobierno: el

49. La obligación establecida en la Ley se refiere a todo museo, no exclusivamente al del Prado.

50. Existe un excelente comentario a la LLLB: MUÑOZ MACHADO, 2008; para una panorámica general, pp. 17 y ss.

51. P. ej., *Comisión c. Bélgica*, de 16 de octubre 2003, *Comisión c. España*, de 26 de octubre de 2006 y *Comisión c. Irlanda*, de 24 de febrero de 2007.

apoyo e incentivo a la apertura de las bibliotecas escolares a la comunidad de ciudadanos de su entorno y su incorporación a las nuevas tecnologías.

Para facilitar el acceso en un sentido más estricto y en concreto la compra de libros por parte de los ciudadanos, se fija el sistema de precio fijo (art. 9 LLLB), esto es, el sistema que permite que un libro tenga el mismo precio en todo el territorio nacional, en todos los puntos de venta y en cualquier período del año⁵². La finalidad de la medida en principio encaja bien en el diseño constitucional del derecho a la cultura, por cuanto vela por la igualdad en todo el territorio nacional y por la asequibilidad⁵³. Entre las excepciones al precio fijo, esto es, casos en los cuales es posible vender libros a precios inferiores al de venta al público, se encuentra una medida que tiene como fin el de, a su vez, promover el acceso a la cultura: para ciertas instituciones como bibliotecas, archivos, museos, centros escolares o universidades se prevé la posibilidad que el descuento llegue a un quince por ciento del precio fijo⁵⁴.

Sobre las bibliotecas como institución⁵⁵, la LLLB las califica como el «medio por el que los poderes públicos posibilitan el ejercicio efectivo del derecho de todos los ciudadanos para acceder a la información, la educación y la cultura en el contexto de la Sociedad de la Información y el Conocimiento» y establece que los ciudadanos, sin calificación alguna, esto es, en sentido universal (*infra*, 5.1.3), podrán acceder a sus servicios básicos de manera libre y gratuita. Además, la Ley aclara quiénes forman parte del Sistema Español de Bibliotecas, ya previsto en la LPHE, en el que priman, de forma clara, las relacio-

52. MARTÍNEZ RIVERO, 2008, pp. 107 y ss.

53. Sobre el concepto de precio fijo, véase el número monográfico de la revista «Pensar el Libro», n° 4, agosto 2006; http://www.certalc.org/secciones/publicaciones/revista_pensarel libro_menu.htm.

54. El discurso sobre el precio fijo de los libros fue debatido también a nivel comunitario. A favor véanse la Resolución del Parlamento Europeo publicada en *Diario Oficial* n° C 296 de 18 de octubre de 2000 pp. 0210-0211, la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión con miras a la elaboración de una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un régimen de precios regulados en el mercado del libro publicada en *Diario Oficial* n° C 180 E de 31 de julio de 2003 pp. 0476-0482; las SSTJCE *Syndicat des libraires de Normandie*, de 14 de julio de 1988 y *Echirrolles Distribution SA*, 3 de octubre de 2000; en particular, en esta última sentencia el TJCE ha afirmado, de forma tajante, que no existe oposición entre el ordenamiento jurídico comunitario, sus principios de libre competencia y libre circulación de las mercancías y la aplicación de una normativa nacional que obligue a los editores a imponer a los libreros un precio fijo de venta de los libros.

55. Para más detalles, de interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, esp. pp. 298 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes de cooperación entre las distintas Administraciones Públicas (art. 14.2 LLLB; *infra*, 4.3.2).

Siempre en relación con la lectura y su fomento, el artículo 113 LOE impone la existencia en cada centro de enseñanza público de una biblioteca escolar, la cual tendrá que contribuir a fomentar la lectura de los alumnos.

- d) También en el sector de la *cinematografía* hubo cambios significativos en 2007, con la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (LC)⁵⁶, aprobada con la oposición de la Federación de Cines de España (FECE) y el acuerdo de la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA). Esta Ley deroga la anterior (Ley 15/2001), disciplinando *ex novo* el sector. El Preámbulo afirma que la LC «se inspira en el artículo 44.1 de la Constitución que dispone que los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho», con apoyo asimismo en los artículos 14, 16 y 20 CE. Para nosotros no cabe duda alguna de que la actividad cinematográfica y el fomento de la misma forman parte del derecho a la cultura, como se definirá después (*supra*, 2.2.3). De central importancia es el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales⁵⁷, organismo adscrito al Ministerio de Cultura, porque a él, de la misma manera como preveía el sistema anterior, se le encomiendan la mayor parte de las competencias, sobre todo las del ámbito del fomento⁵⁸.

El objeto de la LC es «la ordenación de los diversos aspectos sustantivos de la actividad cinematográfica y audiovisual desarrollada en España; la promoción y fomento de la producción, distribución y exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales y el establecimiento tanto de condiciones que favorezcan su creación y difusión como

56. Para una panorámica general del sector, por todos, DE LA SIERRA, 2009, pp. 319 y ss.; para un análisis más detallado, últimamente, también DE LA SIERRA, 2010.

57. Éste fue creado por el art. 90 de la Ley 50/1985, de Presupuestos Generales del Estado para 1985 y desarrollado reglamentariamente por los RR DD 565/1985 y 7/1997, modificado por el RD 1322/2004. La DA 1ª LC prevé la transformación del Instituto en Agencia Estatal. Una competencia que destaca por importancia es la establecida por el art. 37, esto es, en el marco de su labor de promoción cultural en el exterior, la facilitación de la presencia del cine español en festivales y certámenes de todo el mundo y la organización de muestras o ciclos que permitan conocer de manera más amplia el cine español en lugares estratégicos.

58. *Vid.* el art. 10 LC y sus varios apartados, donde se califican las actividades del Instituto con expresiones como, p. ej., «establecerá medidas de fomento» o «fomentará y favorecerá».

de medidas para la conservación del patrimonio cinematográfico y audiovisual, todo ello en un contexto de defensa y promoción de la identidad y la diversidad culturales». El favorecimiento de la cultura desde esta perspectiva es evidente (*infra*, 4.3.1).

- e) Por último, existen numerosos reglamentos relacionados con la cultura, que no es necesario detallar. Sin embargo, alguna de estas normas asume un significado y una importancia especial puesto que, en varios campos, todavía falta una ley general reguladora⁵⁹.

1.4.2. Panorámica de la legislación cultural autonómica

- a) Como ya se ha dicho (*supra*, 1.2.2), en nuestra Constitución la materia cultura asume una posición peculiar, esto es, la de competencia concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, haciendo siempre falta, por éstas, la asunción competencial en los Estatutos de Autonomía. En efecto, todas las Comunidades Autónomas han asumido esta competencia y también las que tienen estrecha relación con ella: artesanía, museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma y el patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma, y esto ya desde los primeros Estatutos⁶⁰.

Pero, más allá de la mera competencia en estas materias, más interesante resulta lo que dicen los Estatutos de la posición jurídica del ciudadano en relación con la cultura. En ellos se reafirma el derecho a la cultura, es decir, que toda persona tiene derecho al acceso a la misma, siempre en condiciones de igualdad⁶¹, o a los bienes que la integran⁶², y también a la participación en la vida cultural, como ciudadano⁶³, persona⁶⁴ o residente en la Comunidad Autónoma⁶⁵;

59. El art. 44.1 CE no establece ninguna reserva de ley. Sobre la Administración estatal en música, teatro, danza y circo, *vid.* los RRDD 2491/1996 y 497/2010. En el campo de la promoción del arte, *vid.* la Orden CUL/1523/2007, por la que se crea la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. En relación con los museos, mucha importancia asume el RD 318/1996, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. En fin, hay que citar el RD 1574/2007, por el que se regula el Observatorio de la Lectura y el Libro.

60. EA de Galicia, art. 27 y EA del País Vasco, art. 10.

61. EA de Andalucía, art. 33, EA de Baleares, art. 18.1, EA de Castilla y León, art. 13.10 y EA de Cataluña, art. 22.1.

62. EA de Melilla, art. 5.2.e) y EA de Ceuta, art. 5.2.e).

63. EA de Asturias, art. 9.2.e), EA de Cantabria, art. 5.2, EA de Castilla-La Mancha, art. 4.2, EA de Madrid, art. 7.4, EA del País Vasco, art. 9.2.e) y EA de La Rioja, art. 7.2.

64. EA de Cataluña, art. 4.2.

65. EA de Andalucía, art. 10.1, EA de Aragón, art. 6.2.a), EA de Baleares, art. 15.1, EA

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

además, algunas Comunidades, las más marcadas por la emigración, prevén explícitamente el derecho a colaborar y compartir la vida cultural de las mismas⁶⁶. Hay que añadir también que algunos nuevos Estatutos prevén la posibilidad o bien de participar en organismos internacionales como la UNESCO u otros organismos de carácter cultural cuando así lo prevea la normativa correspondiente⁶⁷ o bien de suscribir convenios para la celebración de actos de carácter cultural en otras Comunidades⁶⁸ o solicitar del Gobierno que celebre y presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que la Comunidad mantenga particulares vínculos culturales o históricos⁶⁹. Siempre en consonancia con la Constitución, hay Estatutos de Autonomía que subrayan la importancia de la promoción del derecho a la cultura en relación con los jóvenes⁷⁰ y con las personas mayores⁷¹.

Fuera de semejanzas, cabe destacar algunas disposiciones puntuales, únicas en su género. El Estatuto de Andalucía establece como objetivo básico de la Comunidad el desarrollo de los equipamientos, entre otros, culturales de los andaluces y andaluzas (art. 10.3.7º) y la realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios, entre otros, culturales (art. 10.3.10) (*infra*, 4.3.2). El de las Islas Baleares establece que «los poderes públicos procurarán la protección y defensa de la creatividad en la forma que determinen las Leyes» (art. 7.1) mientras el de Castilla y León en el artículo 16, hace afirmaciones significativas sobre la protección y difusión de la riqueza cultural y patrimonial de la Comunidad y el favorecimiento de la creación artística en todas sus manifestaciones, esto es, de la creación cultural. En la Comunidad Valenciana se establece el *Consell Valencià* de Cultura, institución consultiva y asesora de las institucio-

de Castilla y León, art. 8.2, EA de Comunidad Valenciana, art. 9.4, EA de Galicia, art. 4.2, EA de Murcia, art. 9.2.e), EA de Melilla, art. 5.2.b) y EA de Ceuta, art. 5.2.b).

66. EA de Canarias, art. 7, EA de Cantabria, art. 6, EA de Castilla y León, art. 9.1, EA de Extremadura, art. 3.3, EA de Galicia, art. 7.1, EA de Murcia, art. 7.1, EA de La Rioja, art. 6.3, EA de Melilla, art. 4.3 y EA de Ceuta, art. 4.3.

67. Así EA de Castilla y León, art. 67.2 y EA de Cataluña, art. 198; el primero establece una posibilidad de participación para la CA mientras que el segundo impone un deber a la misma.

68. EA de Andalucía, art. 227 y EA de La Rioja, art. 8.23.

69. EA de Andalucía, art. 243, de forma parecida también EA de Cantabria, art. 6, EA de País Vasco, art. 6.5 y EA de Castilla-La Mancha, art. 7.

70. EA de Cataluña, art. 40.4, EA de Comunidad Valenciana, art. 10.3.

71. EA de Castilla y León, art. 13.5, EA de Cataluña, art. 40.6.

Capítulo X. El derecho a la cultura

nes públicas de la Comunidad en todas aquellas materias específicas que afecten a la cultura valenciana (art. 40). Además, en Murcia se establece que la Comunidad, en el ámbito de su competencia y a través de sus órganos, velará por impulsar el desarrollo cultural y mejorar la calidad de la vida [art. 9.2.d)]. En fin, muy interesante resulta ser también el Estatuto catalán; aquí se afirma que «los poderes públicos deben emprender las acciones necesarias para facilitar a todas las personas el acceso a la cultura, a los bienes y a los servicios culturales y al patrimonio cultural, arqueológico, histórico, industrial y artístico de Cataluña» (art. 44.5). También en su marco competencial de la cultura (art. 127), el Estatuto hace matizaciones importantes: por ejemplo se declara competente en las medidas relativas a la producción, distribución de libros y publicaciones periódicas en cualquier soporte, en la promoción, la planificación, la construcción y la gestión de equipamientos culturales situados en Cataluña, el establecimiento de medidas fiscales de incentivación de las actividades culturales en los tributos sobre los que la Generalitat tenga competencias normativas, la regulación y en la ejecución de medidas destinadas a garantizar el enriquecimiento y la difusión del patrimonio cultural de Cataluña y a facilitar su acceso, la creación, la gestión, la protección y el establecimiento del régimen jurídico de los centros que integran el sistema de archivos y el sistema bibliotecario, de los museos y de los otros centros de depósito cultural, el fomento y la difusión de la creación y la producción teatrales, musicales, audiovisuales, literarias, de danza, de circo y de artes combinadas llevadas a cabo en Cataluña y, en fin, en la promoción y la difusión del patrimonio cultural, artístico y monumental y de los centros de depósito cultural de Cataluña.

Destaca, en fin, en algunos Estatutos, sobre todo en los aprobados a partir de 2006, una concepción del derecho a la cultura que podría interpretarse como una ampliación (contenido adicional) del derecho subjetivo fundamental que deduciremos del artículo 43.1 CE⁷².

- b) Por la razones competenciales ya expuestas (*supra*, 1.2.2), mucho más compleja resulta ser la situación legislativa autonómica, sobre todo debido a la gran extensión normativa, existiendo más de 80 leyes en

72. Los EE AA de Cataluña (art. 22.1), Andalucía (art. 33), Aragón (art. 13.1) y Castilla y León (art. 13.10) reconocen el derecho «al desarrollo de las capacidades creativas», lo que puede interpretarse como derecho subjetivo al fomento de la creación cultural, perspectiva ésta que con carácter general situaremos dentro del contenido meramente objetivo del derecho a la cultura (*infra*, 4.3.3).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

materias culturales, que no tendremos espacio para analizar (si acaso, excepcionalmente, a título de ejemplo) en este capítulo⁷³.

2. CONCEPTO

2.1. CONCEPCIONES UNIVERSALISTA Y PARTICULARISTA DE LA CULTURA

Al objeto de estudiar el derecho a la cultura, resulta necesario definir previamente qué entendemos por cultura. El objetivo que perseguimos es determinar la noción constitucional de cultura (y en concreto, la contenida en el art. 44 CE), concepto que evidentemente no crea la Constitución, resultando por ello necesario recurrir primero a la ayuda de otras ciencias.

Dado que el seguimiento del itinerario recorrido por el concepto de cultura en todas las ramas del saber científico es una tarea que desborda las pretensiones de este capítulo, un sucinto examen de las principales teorías construidas por la Filosofía y la Antropología nos será suficiente para comprender la polisemia del concepto. A partir de esos datos intentaremos determinar la noción constitucional de cultura. Noción compleja, pues ya el mismo Preámbulo la Constitución recoge el término cultura con dos significados distintos, que son expresión, como veremos, de las dos concepciones enfrentadas sobre la cultura que han mantenido filósofos y antropólogos.

2.1.1. La concepción universalista heredera de la Ilustración

Cabe situar en los estudios de Historia Universal realizados en la Alemania del siglo XVIII el origen del concepto que nos ocupa. Dichos estudios estaban guiados, como advierte el profesor TORRES DEL MORAL, por el íntimo convencimiento de que la historia humana era la historia del progreso de la humanidad. El término «cultura» sirvió precisamente para dar nombre a esa evolución del progreso⁷⁴.

73. Baste con citar, sin ánimo de exhaustividad, las leyes atinentes a los sectores más significativos: sobre *libros y bibliotecas*, las leyes de Andalucía (16/2003), Aragón (8/1986), Islas Baleares (19/2006), Cantabria (3/2001), Castilla y León (9/1989), Castilla-La Mancha (3/2011), Cataluña (4/1993), Comunidad Valenciana (4/2011), Extremadura (6/1997), Galicia (17/2006) y La Rioja (4/1990); sobre *patrimonio histórico y cultural*, las leyes de Andalucía (14/2007), Aragón (3/1999), Asturias (1/2001), Islas Baleares (6/1993 y 12/1998), Canarias (4/1999), Cantabria (11/1998), Castilla-La Mancha (4/1990), Cataluña (9/1993), Comunidad Valenciana (4/1998), Extremadura (2/1999), Galicia (8/1995), Madrid (10/1998), Murcia (4/1990 y 4/2007), Navarra (14/2005) y País Vasco (7/1990); sobre *museos*, las leyes de Andalucía (8/2007), Aragón (7/1986), Islas Baleares (4/2003), Cantabria (5/2001), Castilla y León (10/1994), Madrid (9/1999), Murcia (5/1996) y País Vasco (7/2006).

74. TORRES DEL MORAL, 1984, p. 200.

Capítulo X. El derecho a la cultura

Una célebre frase de RENAN basta para comprender en qué consiste la concepción universal de la cultura: «Antes de la cultura francesa, la cultura alemana, la cultura italiana, está la cultura humana»⁷⁵.

Desde el Renacimiento hasta la época de las luces el progreso de la Humanidad consistió en liberar el espíritu humano de la verdad revelada y de los dogmas religiosos. Se trataba de que el hombre sólo rindiera cuentas a su razón. El concepto de cultura, como tantos otros conceptos fundamentales para el hombre contemporáneo, es fruto, pues, del pensamiento ilustrado, del espíritu de las Luces. Como señala VON WIESE, la Ilustración supuso la sustitución del ideal formativo cristiano por el humano. «La idea de cultura sustituye la idea del reino de Dios»⁷⁶. La frase de RENAN, arriba citada, supone un nuevo avance en la lucha contra el oscurantismo, pues implica liberar al hombre de la comunidad en que se arraiga o, lo que es lo mismo, de las cadenas de la tradición local. FINKIELKRAUT señala cómo con esta distinción entre cultura nacional y cultura universal, RENAN «opone el espíritu de GOETHE a la visión del mundo instaurada por el nacionalismo alemán»⁷⁷.

Para GOETHE en ningún caso la cultura humana debía reducirse a la suma de las culturas particulares. A esta conclusión llega al final de su vida, en 1827, leyendo una novela china. La lectura de la misma le produce perplejidad. Y la causa de su sorpresa no es el exotismo de la obra sino su proximidad. Proximidad con su propia obra y con otras importantes obras producidas en Europa. De esta manera GOETHE, en la plenitud de su vida intelectual, se percató de que «arraigados en un suelo, anclados en una época, datados y situados, los hombres podían escapar de todos modos a la fatalidad de los particularismos. Se podía apelar contra la división: existían lugares –los libros– en los que la humanidad podía dominar su desmigajamiento en una miríada de espíritus locales»⁷⁸. Por encima de las particularidades nacionales está la cultura humana.

En el ámbito de la Antropología fue TYLOR, en 1871, el primero que propuso una definición formal de cultura en sentido amplio: «La cultura [...]

75. «No abandonemos el principio fundamental de que el hombre es un ser razonable y moral antes de estar acantonado en tal o cual lengua, antes de ser miembro de tal o cual raza, o adherente a tal o cual cultura»: RENAN, 1957, p. 100.

76. VON WIESE, 1979, p. 50.

77. FINKIELKRAUT, 1987, p. 37.

78. FINKIELKRAUT, 1987, p. 38. En *Escritos sobre el Arte* encontramos un párrafo que sintetiza el optimismo del pensamiento de GOETHE: «Se alcanzará probablemente una tolerancia generalizada si se deja en paz lo que constituye la particularidad de los diferentes individuos humanos y de los diferentes pueblos, y uno se convence de que la característica distintiva de lo que es realmente meritorio reside en su pertenencia a toda la humanidad» (FINKIELKRAUT, 1987, p. 41).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad. La situación de la cultura en las diversas sociedades de la especie humana, en la medida en que puede ser investigada según principios generales, es un objeto apto para el estudio de las leyes del pensamiento y la acción del hombre»⁷⁹. He aquí reflejada la concepción universalista, acumulativa, de la cultura⁸⁰.

En el mismo sentido, uno de los más célebres seguidores de TYLOR, MORGAN, escribió: «Podemos asegurar ahora, apoyándonos en pruebas irrefutables, que el período del estado salvaje ha precedido al período de barbarie en todas las tribus de la humanidad, de la misma manera que sabemos que la barbarie ha precedido a la civilización. La historia de la humanidad es una en cuanto a origen, una en cuanto a experiencia, una en cuanto a progreso»⁸¹.

Como advierte GOODENOUGH, «según este punto de vista las sociedades no tenían culturas separadas, sino una mayor o menor participación en el desenvolvimiento de la cultura general creada y desarrollada hasta el momento por la humanidad como un todo. El objeto de la antropología cultural era tratar de reconstruir los pasos o etapas que habían señalado el crecimiento de la cultura. Las sociedades con tecnologías más simples y los sistemas políticos menos elaborados representaban las distintas etapas intermedias, mientras que las sociedades de Europa occidental, que política y militarmente dominaban al resto del mundo en el siglo XIX, representaban la etapa más avanzada»⁸².

2.1.2. La concepción particularista derivada del Romanticismo alemán

El Romanticismo alemán nos legó el concepto de *Volksgeist*, de espíritu

79. TYLOR, 1975, p. 29.

80. KHAN, 1975, p. 10.

81. FINKIELKRAUT, 1987, p. 59. Apoyado en las teorías de MORGAN escribió ENGELS su obra *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*.

82. GOODENOUGH, 1975, pp. 188-189. Esta concepción universalista parece deducirse también de la voz «Cultura» en el *Diccionario de Filosofía* de FERRATER MORA (1965, pp. 390-392): «La cultura es el mundo propio del hombre, lo cual no significa que el hombre no viva también dentro de la Naturaleza y dentro o bajo lo trascendente. Lo que caracteriza al hombre es el espíritu, y éste puede ser entendido no sólo como una espontaneidad, sino también como un conjunto de formas que fueron antes vivas y espontáneas y que poco a poco se transforman en estructuras rígidas, en modelos. Cultura es, como dice Scheller, humanización, pero esta humanización se refiere tanto al proceso que nos hace hombres como al hecho de que los productos culturales quedan humanizados. La historia del hombre como historia de la cultura es así el proceso de la transformación de su mundo y simultáneamente de la transformación del hombre».

Capítulo X. El derecho a la cultura

del pueblo, que ha sido calificado por algún autor como el «explosivo más peligroso de los tiempos modernos»⁸³. El *Volksgeist* supone la conversión de la cultura en *mi* cultura. Se desprecia todo sentimiento de lo universal y se glorifican los particularismos. La cultura ya no se remite al intento de hacer retroceder el prejuicio y la ignorancia, sino a la expresión, en su singularidad irreductible, del espíritu de cada pueblo.

El hombre es obra de su nación y no al revés, como sostenía la Ilustración. La tradición es exaltada. Está bien todo lo que existe. El valor de las instituciones no lo fija ya su grado de proximidad a un modelo ideal sino su antigüedad. Las costumbres son legítimas porque son seculares. Cuanto más antiguas, más merecen ser preservadas. Como afirma FINKIELKRAUT, «los prejuicios constituyen el tesoro cultural de cada pueblo»⁸⁴. La cultura no se concibe como instrumento emancipador del hombre, sino como una instancia que lo tutela y condiciona.

Como contrapunto a la frase de RENAN antes citada, podemos ilustrar la nueva concepción de cultura con una sentencia del célebre contrarrevolucionario francés DE MAISTRE. Refleja muy bien el pensamiento reaccionario que negaba los presupuestos y las consecuencias de la Filosofía de las Luces: «En el mundo, no existe el hombre. A lo largo de mi vida, he visto franceses, italianos, rusos. Sé incluso, gracias a MONTESQUIEU, que se puede ser persa; pero en lo que se refiere al hombre, afirmo que no lo he encontrado en toda mi vida»⁸⁵. Del mismo modo que se rechaza la existencia del hombre, se rechaza la existencia de la cultura humana. Solo se reconocen, y no sólo eso sino que se exaltan, las culturas particulares. La huella educativa de GOETHE desaparece con HERDER de Alemania. Las trágicas consecuencias de esta evolución no necesitan ser aquí expuestas, más aún cuando todavía hoy continúan generando muerte y destrucción en nuestro continente. Baste señalar que el genio nacional suprime a un tiempo el individuo, que queda subordinado a la comunidad a la que pertenece y encadenado a su identidad, esclavizado por la tradición, y a la humanidad a la que pulveriza en multitud de identidades culturales encerradas en sí mismas cuando no en conflicto unas con otras.

La concepción particularista se corresponde en el campo de la antropología con la llamada escuela del particularismo histórico, fundada por el norteamericano de origen alemán BOAS⁸⁶. Este comenzó a utilizar la palabra

83. FINKIELKRAUT, 1987, p. 43.

84. FINKIELKRAUT, 1987, p. 25.

85. FINKIELKRAUT, 1987, p. 19.

86. BOAS es considerado fundador de la antropología cultural en los Estados Unidos. A ello no puede ser ajeno el hecho de que las tesis de MORGAN hayan sido adoptadas como oficiales por la ideología comunista: KHAN, 1975, p. 15.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cultura en un sentido muy distinto al de TYLOR. Con dicho término se refería al «conjunto diferenciado de costumbres, creencias e instituciones sociales que parecen caracterizar a cada sociedad aislada»⁸⁷. La cultura seguía considerándose compuesta por los elementos de la definición de TYLOR, pero las prácticas, creencias y estilo de vida de cada sociedad concreta tenían que ser examinadas como una entidad única que era distinta de cualquier otra. En vez de que las distintas sociedades tengan diferentes grados de cultura o correspondan a diferentes etapas del desarrollo cultural, cada sociedad, según BOAS, tiene su «cultura propia».

2.1.3. Comparación entre ambas concepciones

Las diversas escuelas antropológicas coinciden, en las siguientes ideas:

- a) La cultura consiste en la memoria hereditaria no genética de la sociedad. Ello implica, en primer lugar, que lo cultural es concebido como lo esencialmente humano, como «la gran brecha mental entre el hombre y los animales»⁸⁸. Y en segundo lugar, que la cultura es un hecho social: se trata de una herencia no generada por el individuo aislado, sino por los grupos sociales en que desarrolla su existencia.
- b) La cultura abarca un amplísimo campo de contenidos. TYLOR habla de conocimientos, creencias, arte, moral, derecho y costumbres⁸⁹. GOODENOUGH alude a formas, proposiciones, creencias, valores, re-

87. GOODENOUGH, 1975, p. 189. Aquí GOODENOUGH reprocha al marxismo haber adoptado las tesis de MORGAN, que se corresponden según él con la «arrogante teoría etnocéntrica desarrollada por las élites imperialistas del siglo XIX». En nuestra opinión, dado que a la ideología marxista es consustancial el internacionalismo resulta lógico que siga a MORGAN y no a BOAS. El error de GOODENOUGH es brillantemente denunciado por FINKIELKRAUT: «La filosofía de la descolonización combate el etnocentrismo con los argumentos y los conceptos forjados en su lucha contra las Luces por el romanticismo alemán», esto es, con el concepto de «identidad cultural». Más adelante al hablar de los Estados postcoloniales marxistas, con gran agudeza observa: «Los Estados postcoloniales reconciliaban, sin saberlo, a Marx con Joseph de Maistre... El propio Marx se habría ofuscado sin duda con esas nupcias contra natura con el nacionalismo»: FINKIELKRAUT, 1987, pp. 68, 75 y 76. Este debate resulta del máximo interés ya que en el tratamiento de la cuestión cultural en nuestro país se perciben los errores que FINKIELKRAUT denuncia. Algunos de los máximos defensores de los particularismos culturales, tanto en el País Vasco como en Cataluña, se autocalifican «marxistas».

88. WHITE, 1975, p. 130. En el mismo sentido LINTON (1967, p. 91): «Sin la existencia de la cultura, gracias a la cual se conservan las adquisiciones del pasado y se modelan las generaciones sucesivas de acuerdo con sus patrones, el homo sapiens no sería más que un mono antropoide terrícola, ligeramente distinto en estructura y algo superior en inteligencia, pero hermano del chimpancé y del gorila».

89. TYLOR, 1975, p. 29.

glas y valores públicos, recetas, rutinas y sistema de costumbres⁹⁰. BOAS se refiere a costumbres creencias e instituciones sociales⁹¹. WHITE propone una lista abierta: ideas, creencias, actitudes, sentimientos, actos, pautas de conducta, costumbres, códigos, instituciones, obras de arte y formas artísticas, lenguajes, instrumentos, máquinas, utensilios, ornamentos, fetiches, conjuros, etc.⁹².

Entre las dos concepciones de la cultura existe sin embargo una discrepancia fundamental, pues están basadas en diferentes visiones del hombre y de la historia. La escuela evolucionista o universalista afirma la existencia de una sola cultura de la que las distintas sociedades participan en diferente grado. La cultura es, para ella, un proceso acumulativo ininterrumpido al que contribuye la humanidad entera. Cultura se identifica con progreso del espíritu. Frente a ella, la escuela particularista sostiene que cada sociedad tiene una cultura propia. Se pone el acento en las culturas como fenómenos que expresan el diferente modo de ser de cada pueblo. El principio de progreso fundamenta a la primera y el pluralismo a la segunda.

Cabe preguntarse si es posible armonizar ambos principios y concepciones. No nos corresponde aquí intentar encontrar una respuesta en abstracto. Analizamos la cuestión referida a un contexto determinado: la Constitución española de 1978.

2.2. LA CONCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

2.2.1. La cultura en el Preámbulo

El constituyente nos obliga a armonizar las dos concepciones de cultura. Y ello porque desde su mismo Preámbulo la CE recoge ambas. El Preámbulo, texto que recoge el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución y la síntesis de los fines del Estado⁹³, alude en el párrafo cuarto a la protección de las «culturas» de los distintos pueblos de España y en el párrafo quinto se refiere a la promoción del progreso de la «cultura». La polisemia del término cultura⁹⁴ se pone de manifiesto con toda claridad en las referencias citadas.

La distinción entre la «cultura» y las «culturas» que se deduce de las diferentes concepciones estudiadas (la ilustrada francesa y la romántica ale-

90. GOODENOUGH, 1975, p. 197.

91. GOODENOUGH, 1975, p. 189.

92. WHITE, 1975, p. 154.

93. TAJADURA, 1997.

94. Sobre la ambivalencia del término y sus repercusiones políticas, DE BLAS GUERRERO, 1994, pp. 100 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mana) se manifiesta entonces claramente en la CE. Los diferentes conceptos de cultura manejados por TYLOR y BOAS nos resultan, por tanto, de la máxima utilidad a la hora de interpretar los enunciados de los párrafos cuarto y quinto del Preámbulo. El significado de la locución del párrafo cuarto viene determinado por su construcción plural y posesiva: las «culturas» se imputan a los diferentes pueblos de España⁹⁵. Fácilmente se deduce que el concepto de cultura aquí empleado es el propio de la escuela particularista. Por el contrario, el párrafo quinto, al proclamar como voluntad de la nación «el

95. La expresión «pueblos de España», reiterada en el art. 46, supone una novedad en nuestro constitucionalismo. El origen del sintagma lo encontramos en el lenguaje antropológico: «pueblos hispánicos», «pueblos de la Península Ibérica», «pueblos de España»; así, desde el clásico CARO BAROJA (1963) hasta PRAT, MARTÍNEZ, CONTRERAS y MORENO (1991). De su recepción constitucional se derivan una serie de consecuencias en materia cultural. Como señala PRIETO DE PEDRO, «por el interior de la noción de "pueblos de España" corre savia cultural»: PRIETO DE PEDRO (1992, p. 123). Así, si como poder constituyente el concepto de pueblo es de origen revolucionario francés, como noción cultural es fruto del romanticismo alemán. En el Preámbulo constitucional la cultura no es la única cualidad imputada a los pueblos de España, sino una más. Los sustantivos «tradiciones», «lenguas» e «instituciones» acompañan al término «culturas». Sin embargo, parece que este último es el concepto capital y que los demás sustantivos se limitan a complementarlo. Y esto por varias razones: a) El término «culturas» aparece en primer lugar lo cual puede atribuirse a su carácter principal; b) El significado cultural de la palabra «lenguas» es patente puesto que el art. 3.3 CE las califica de «patrimonio cultural»; c) El término tradiciones, situado entre los dos anteriores, ha de compartir su significado. Dicha interpretación se ve fortalecida por el empleo de la conjunción copulativa «y», «culturas y tradiciones», la cual en otro caso no era necesaria. Respecto al último término del Preámbulo, observamos que la noción de «instituciones» es también utilizada por la Antropología, pero aquí su significación cultural es más problemática. Parece prudente mantener, como hace PRIETO DE PEDRO, que nos encontramos ante una noción abierta y genérica, cuyas manifestaciones (políticas, jurídicas, sociales, culturales) dependerán del bagaje de cada pueblo en cuestión. La noción sirve, en todo caso, para alejar las visiones exclusivamente espiritualistas de los pueblos que la idea del *Volksgeist* pudiera originar. A favor de una interpretación cultural de la expresión «pueblos de España» juega también la proyección de la misma en el articulado constitucional. Así, el art. 46 habla del «patrimonio histórico, cultural y artístico» de los pueblos de España. El reconocimiento constitucional de los «pueblos de España», efectuado por el Preámbulo y el citado art. 46, tiene por efecto atribuir al Estado la protección de los patrimonios culturales de los mismos. Distinto significado tiene la mención del Preámbulo del «pueblo español». En este caso se trata de una noción dotada de una indudable carga política puesto que el pueblo español es el titular del poder constituyente. Así se deduce del propio Preámbulo según el cual el pueblo español ratifica la Constitución y de numerosos preceptos del articulado que concretan la genérica declaración del art. 1.2: «la soberanía nacional reside en el pueblo español». No hace falta insistir, ni siquiera para recordarlo, que el pueblo español es el único soberano. Por último, el Preámbulo constitucional, con la utilización en su último párrafo de la expresión «pueblos de la Tierra», alude a la Humanidad entera, a través de la referencia a todos sus miembros, sin exclusiones.

Capítulo X. El derecho a la cultura

progreso de la cultura» parece corresponderse mejor con una concepción universalista⁹⁶. La introducción de la idea de progreso presenta, además, ecos ilustrados evidentes.

Advertimos así que la noción constitucional de cultura, tal y como viene anticipada en el Preámbulo, es una noción compleja. La complejidad de la misma viene determinada por el valor polisémico del término que, una vez más, encuentra su explicación en las circunstancias históricas en que se gesta nuestro texto constitucional.

El constitucionalismo es hijo de la Ilustración. De ello cabría deducir que la noción constitucional de cultura coincide con la de RENAN, el último GOETHE o TYLOR, entre otros. Parece absurdo que la Constitución, fruto del racionalismo moderno, recoja el concepto de cultura propio de la reacción francesa o del irracionalismo alemán, de HERDER o DE MAISTRE⁹⁷.

La introducción en el Preámbulo constitucional del concepto de «culturas», atribuidas a los distintos pueblos de España, se explica como reacción frente al afán uniformizador de la dictadura. El hecho de que los nacionalismos centralizadores generan nacionalismos periféricos ha sido ya suficientemente estudiado. Lo que nos interesa destacar, en orden a nuestro tema, es que a la noción particularista de cultura propia de la dictadura, las fuerzas progresistas, en su mayoría, no oponen la concepción ilustrada. No se arguye que por encima de la cultura española está la cultura humana, como diría RENAN, sino que a la concepción particularista de cultura española se oponen visiones más reduccionistas aún. El particularismo se acentúa hasta el absurdo. Por más acusadas que sean las diferencias y más opuestos los principios políticos que en otros ámbitos propugnen, ideólogos de la raza española,

-
96. PRIETO DE PEDRO (1992, p. 51) pone también de manifiesto la polisemia de la voz cultura en el Preámbulo constitucional. En el párrafo cuarto afirma que se contiene la «noción étnica de cultura» y en el quinto la «noción general de cultura». Dedicada las páginas 51 a 57 a explicar la noción étnica. A favor de esta expresión alega además de numerosos textos de la UNESCO e incluso Constituciones de otros países y el ya clásico trabajo de AZKIN (1968), en el cual se aboga por despojar al adjetivo étnico de sus connotaciones biológicas o primitivas: «El adjetivo étnico, tal como se usa hoy día, indica aquellas características, cualesquiera que puedan ser, que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico» (p. 34).
97. Ésa es, sin embargo y paradójicamente, la concepción que se desprende de los textos y documentos de la UNESCO que continuamente se refieren a las «identidades culturales». Sobre este tema, destacando los aspectos positivos PRIETO DE PEDRO, 1992, pp. 91-96. Muy crítico, FINKIELKRAUT (1987, pp. 84-90): «Con la gran conversión de la cultura en identidad cultural la UNESCO entiende por cultura exactamente lo mismo que el pensamiento de las Luces denomina la incultura o el prejuicio» (p. 86).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

propagandistas de la cultura nacional-católica y teóricos de los movimientos regionalistas o nacionalistas comparten un concepto de cultura. Se alimentan de una concepción ensimismada sobre la diferencia cultural, que se sostiene en un fatuo orgullo de lo propio que niega al otro. Unos y otros perciben las culturas como totalidades englobantes. Dicha concepción de la cultura aparece junto a su contrincante histórico: la noción ilustrada.

En cualquier caso lo que interesa destacar es que el Estado español de cultura se levanta sobre dos principios fundamentales: el pluralismo y el progreso. Pluralismo y progreso informan la noción constitucional de cultura, y se proyectan, por ello, en multitud de artículos constitucionales. Ambos pueden coexistir sin romper la lógica del texto constitucional porque, como veremos después, la propia Constitución nos proporciona el criterio para resolver un hipotético conflicto entre ambos. Veamos antes cómo se reflejan y concretan en el texto constitucional los principios de pluralismo y progreso cultural.

2.2.2. Pluralismo cultural y progreso de la cultura

No hay pluralismo (ni progreso) sin libertad, así que podemos afirmar que la libertad es el principio fundamental de nuestra Constitución cultural. Como presupuesto del pluralismo la Constitución española, como Constitución de un Estado de cultura, reconoce un gran repertorio de libertades. Todas ellas tienen como fundamento el principio del libre desarrollo de la personalidad que la propia Constitución recoge en el artículo 10.1. Así, siguiendo a PRIETO DE PEDRO⁹⁸, encontramos libertades de creación cultural [art. 20.1.b)], libertades de comunicación cultural [arts. 20.1.c) y 27.1] y libertades de emprendimiento e institucionalización cultural, que garantizan la pluralidad de iniciativas en relación a la cultura impidiendo el monopolio *de iure* de los poderes públicos (arts. 22, 27.5 y 34).

Por otra parte, la CE contiene un amplio repertorio de garantías de la pluralidad cultural de los diferentes grupos en los que los ciudadanos españoles se mueven. El presupuesto sobre el que descansan todos ellos es la consideración del pluralismo cultural como un valor. El mayor desarrollo de este principio se encuentra en la garantía del pluralismo cultural de los pueblos de España. El pluralismo se concreta, entonces, en un sistema de autonomías territoriales dotadas de amplísimas facultades de autogobierno en materia cultural. En tal sentido se instala el reconocimiento del derecho a la autonomía por el artículo 2 y su desarrollo en el Título VIII. Especialmente enfática es también la declaración del artículo 3: «La riqueza de las distintas modali-

98. PRIETO DE PEDRO, 1992, p. 225.

dades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección». Igualmente se proyecta el pluralismo territorial en el artículo 46⁹⁹.

Además la Constitución garantiza el pluralismo cultural en instituciones concretas: centros de enseñanza y medios de comunicación. Así, el artículo 27 garantiza el pluralismo educativo, *ad extra* en sus apartados 1 y 6 y *ad intra* en sus apartados 5 y 7¹⁰⁰. El artículo 20.3, en relación con los medios de comunicación social del Estado, establece que la ley habrá de garantizar «el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España».

Como se advierte, el valor constitucional es el pluralismo, no el particularismo; si se quiere, una versión moderada de la concepción romántica.

Junto a la protección del pluralismo cultural, la promoción del progreso de la cultura es el otro principio fundamentador de nuestra Constitución cultural, que entronca con la tesis ilustrada del universalismo, pero en un sentido también moderado. En realidad no es exagerado decir que la asunción del progreso de la cultura como fin estatal es lo que diferencia a un Estado de cultura de otro que no lo es. Este principio exige una acción positiva del Estado para hacer accesibles a todos los ciudadanos los bienes culturales. A lo largo del texto constitucional encontramos numerosos preceptos en que se atribuyen a los poderes públicos tareas en orden al desarrollo evolutivo de la cultura (*supra*, 1.2.2):

- a) Según el artículo 44.1 deben tutelar y promover el acceso a la cultura.
- b) De los artículos 27.4 y 9 se desprende que han de garantizar la gratuidad de la enseñanza. A los poderes públicos compete la programación general de la enseñanza, con la participación de los sectores afectados (el principio democrático modula así el cultural) y la creación de centros docentes (art. 27.5), así como la vigilancia de todo el sistema educativo para garantizar que se cumplen las leyes (art. 27.8).
- c) El Estado, en virtud del artículo 44.2, ha de promover el desarrollo de la investigación y la ciencia en beneficio del interés general.
- d) El artículo 46 atribuye a los poderes públicos el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural.

99. Destaca la especial atención del constituyente al pluralismo territorial, p. ej., PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 101 y ss.

100. FERNÁNDEZ-MIRANDA (1984) y PRIETO DE PEDRO, 1978, pp. 526-527.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- e) Otros muchos artículos contienen también obligaciones específicas del Estado en relación con lo cultural: artículos 25.2, 43.3, 50 y 51.

2.2.3. El objeto del derecho a la cultura

De cuanto venimos exponiendo se deduce que la CE pretende una síntesis entre las concepciones universalista y particularista de la cultura¹⁰¹: defensa de una cultura constitucional, relativamente uniforme, derivada de los valores de la tradición ilustrada (con su intrínseca preferencia por una cierta «alta cultura» o cultura de calidad¹⁰²) y basada en la dignidad, libertad e igualdad de todos los hombres (art. 1.1) pero respetuosa con la diversidad y con la cultura de las minorías, especialmente en los ámbitos religioso, de pensamiento, regional y lingüístico¹⁰³. Los límites a la diversidad son claros y no hace falta que nos lo recuerden los documentos internacionales (p. ej., art. 2.1 de la Convención de la UNESCO y aps. 17 a 20 de la OG 21): el sistema de valores, principios y derechos proclamado en la misma CE.

Sin embargo, no es lo mismo aprehender la concepción cultural de la CE que concretar el objeto del derecho a la cultura del artículo 43.1. Lo segundo es una tarea más específica y pragmática¹⁰⁴, pero que necesariamente debe ser coherente con lo anterior. Como ya hemos adelantado e iremos precisando en los apartados siguientes, el derecho que estudiamos es, ante todo, un derecho de prestación¹⁰⁵. Se trata, por tanto, de concretar prestaciones que, con unas u otras técnicas (no sólo la del derecho subjetivo), puedan ser exigidas a los poderes públicos y, en su caso, a los particulares. Desde este punto de vista, el llamado derecho a la diversidad cultural (o, en términos más correctos, al respeto de la propia identidad cultural, especialmente de las minorías) nos interesa menos, en tanto estructuralmente resulta ser, ante todo, un derecho de defensa¹⁰⁶. Ahora bien, la atención al problema

101. En esta dirección, RUIZ ROBLEDO, 1998, p. 9. Para el debate cultura regional-cultura nacional resultan de gran interés las consideraciones de GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 627 y ss.

102. De interés, HELLER y FÉHÈR, 1985. Como contrapunto y para continuar la reflexión, p. ej., PUIG, 2004.

103. Para una reflexión más general sobre la compatibilidad entre pluralismo y universalismo, por todos, HÄBERLE, 1998, esp. p. 34.

104. Así, HUSTER, 2009, p. 14.

105. Así, con unas u otras matizaciones, TAJADURA, 2004, p. 281.

106. Este es el punto de vista adoptado por la mayoría de los estudios sobre el derecho a la cultura o sobre los derechos culturales; entre la ya amplia bibliografía en castellano, p. ej., DE LUCAS (2003) y ANÓN ROIG y GARCÍA ANÓN, 2004, pp. 230 y ss. La perspectiva es sin duda interesante, también para la dogmática constitucional, pero la creemos inadecuada para enfocar el tratamiento del derecho fundamental del art. 43.1. No faltan autores que mezclan ambas perspectivas, pero casi siempre con descuido de la faceta que aquí interesa, a saber, el derecho fundamental de presta-

de la diversidad debe tomarse en consideración en el sentido siguiente: la cultura que puede exigirse no es sólo la cultura mayoritaria sino también (y seguramente, como veremos, sobre todo) la cultura de las minorías.

Para poder transformarse en el objeto de un derecho, la cultura (en sentido estricto) debe concretarse en manifestaciones culturales (en sentido amplio) que no formen parte del objeto de otras normas constitucionales¹⁰⁷ y que acepten una clara faceta prestacional. Quedarían fuera entonces la lengua (art. 3), la religión (art. 16), la ciencia y la técnica [arts. 20.1.b) y 44.2] y el ocio y el deporte (art. 43.3). A la vista de las exposiciones dominantes de lo que es una política cultural¹⁰⁸, del uso común del término¹⁰⁹ y de la propia dinámica de los poderes públicos con competencias específicas en materia cultural (p. ej., el RD 1132/2008, de estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura¹¹⁰) cabe circunscribir dichas manifestaciones a las siguientes: un primer círculo indiscutido, formado por el arte (las seis artes proclamadas por la Grecia clásica: la poesía –hoy diríamos más bien la literatura, incluyendo el teatro–, la música, la danza, la pintura –incluyendo quizás algunas otras artes gráficas–, la escultura –en sentido amplio, incluyendo la artesanía– y la arquitectura, a las que en la actualidad cabría añadir el cine –o el producto audiovisual– y la fotografía) y el legado o patrimonio histórico (en la medida en que no estuviera incluido en las manifestaciones artísticas anteriores, como es el caso de los documentos históricos¹¹¹), a lo cual cabría

ción, que cuenta con perfiles constitucionales propios, diferentes a lo predominantes en los trabajos escritos por internacionalistas o por filósofos del Derecho.

107. La posición de PRIETO DE PEDRO (1996, pp. 207-210) es omnicompreensiva (el autor habla de «cruce de caminos» y de «función globalizadora») e incluye contenidos del derecho que forman parte de otras normas constitucionales. Esta forma de proceder, que a nuestro juicio infringe el criterio interpretativo sistemático de evitar la concurrencia de derechos, en poco ayuda a paliar el problema que denuncia el propio autor (en p. 212), la construcción dogmática de un derecho (autónomo) a la cultura.
108. P. ej., REAL INSTITUTO ELCAÑO, 2004, o MILLER y YÚDICE, 2004. Demasiado extensa, y por tanto inconveniente a nuestros efectos (analizar el desarrollo del art. 44.1 CE), nos parece la concepción subyacente en la por otra parte fundamental recopilación de NAFZIGER, PATERSON y RENTELN, 2010.
109. Puede ser ilustrativa la revisión de los temas que suelen figurar en la sección «Cultura» de los diarios de información general.
110. El art. 1.1 establece como ámbitos de actuación del Ministerio que pueden servirnos de ayuda para la determinación del objeto del derecho a la cultura, el patrimonio histórico español, los museos, las artes plásticas, el libro y la lectura, la creación literaria, los archivos y bibliotecas, las artes escénicas, la música, la danza y el circo; las actividades cinematográficas y audiovisuales y la protección de la propiedad intelectual.
111. *Vid.* art. 1.2 LPHE, cuyo carácter evolutivo es bien destacado por PÉREZ MORENO, 1991, pp. 1625 y ss. y por GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 68 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

añadir un segundo círculo, más discutible y desde luego más difuso, formado por aquellas manifestaciones culturales no religiosas ni lingüísticas, entre las que cabría incluir algunos espectáculos (p. ej., los toros o el circo) y tradiciones (p. ej., las fiestas populares) que guarden relación con el desarrollo del espíritu humano socialmente considerado, todo ello sin perjuicio de que en algún caso dichas manifestaciones puedan incluirse en las correspondientes al primer círculo, lo que deberá analizarse caso por caso. La más lejana conexión entre este segundo círculo de manifestaciones y las concepciones de la cultura expuestas con anterioridad lleva a pensar que aquellas formarían más bien parte del contenido adicional del derecho fundamental, esto es, el legislador tendría libertad para proveer las prestaciones correspondientes, las cuales no podrían ser exigidas *ex constitutione*. Desde el concepto ilustrado de cultura (presente, debe recordarse, también en la CE), parece claro que las manifestaciones de este segundo círculo guardan una menor conexión con las necesidades culturales derivadas de la dignidad, libertad e igualdad: el concepto de cultura es abierto pero no totalmente abierto.

En todo caso, las manifestaciones culturales señaladas deben transformarse en algo que se puede prestar, sea en forma de bien sea en forma de servicio. Por tanto, en realidad, el objeto del derecho a la cultura no es la cultura en sí sino los bienes y servicios culturales que se concretan, sobre todo, en libros, esculturas, pinturas, fotografías, edificios, discos, películas cinematográficas y otras obras audiovisuales y en los establecimientos y servicios que ponen estos bienes a disposición del público. La cuestión central a partir de aquí es determinar qué tipo de bienes forman parte de la prestación constitucionalmente exigible (pues parece claro que no cualquier libro o película puede ser exigido), sea como parte del contenido del derecho subjetivo fundamental, sea como parte, más ampliamente, de la obligación meramente objetiva de fomento por los poderes públicos. Esta cuestión será resuelta más adelante, pero conviene adelantar tres ideas previas: en primer lugar, el concepto de bien (o servicio) cultural ha de ser material, no formal (es decir, no son bienes culturales sólo los declarados como tales por los órganos competentes, según los procedimientos, p. ej., de la LPHE)¹¹²; en segundo lugar, los bienes culturales son por definición colectivos, lo que nos lleva a afirmar, como después se detallará, que las garantías del derecho que estudiamos son de tipo normalmente objetivo; por último, que la cultura a la que se refiere el artículo 43.1 ha de ser aquella compatible con la concepción de la cultura que hemos expuesto: respetuosa con la diversidad sin riesgo para los valores constitucionales pero engarzada también con la idea clásica, universalista, minoritaria si se quiere, de «alta cultura» o cultura de

112. De interés, la STC 181/1998, FJ 8.

calidad¹¹³. La llamada democratización de la cultura no significa que cualquier manifestación aparentemente cultural esté protegida por la Constitución sino que los bienes estrictamente culturales lleguen a todos los ciudadanos. Es decir, no es cultura todo lo que los ciudadanos dicen que es cultura y cabe una definición mínimamente objetiva de lo cultural¹¹⁴. La cultura no es un lujo de unos pocos ni una curiosidad, tampoco algo que la persona necesite para sobrevivir o para fines prácticos. Exige una actitud activa, un esfuerzo y responde a la necesidad de comprender el mundo. Sirve al desarrollo de la personalidad, que se logra en el mismo acto de participar en las creaciones de otros, lo que nos permite transitar el camino que va de la ignorancia al conocimiento. Por eso, difícilmente puede considerarse cultura (y por tanto exigirse desde la perspectiva de la CE) la asistencia pasiva a determinados espectáculos o el consumo de productos culturales sin calidad.

3. FUNDAMENTO

El derecho a la cultura entronca con dos grupos de valores constitucionales:

- a) Ya hemos visto cómo el Preámbulo de la CE (*supra*, 2.2.1) conecta directamente cultura y dignidad de la persona: el progreso de la cultura es necesario para permitir una digna calidad de vida. El entronque entre el principio de dignidad del artículo 10.1 CE y el derecho fundamental del artículo 44.1 es así evidente para el mismo constituyente¹¹⁵. Al igual que sucede con la educación, se entiende que una persona sin cultura es menos autónoma, menos libre y que por tanto su dignidad está más amenazada.

Lo mismo sucede con el «libre desarrollo de la personalidad», «crite-

-
113. En sentido similar, TAJADURA, 1997, p. 130. Antes de que la diversidad se convirtiera en término fetiche del Derecho de la cultura, el Preámbulo de la LPHE enlazó con claridad el objeto del derecho a la cultura (o mejor, de parte de él) y la concepción universalista: «el Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal» y está formado «por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal». De interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, p. 94.
 114. El concepto de cultura puede evolucionar; de interés, desde el punto de vista de las políticas públicas, CORIJN, 2002, en un trabajo que ejemplifica muy bien las nuevas tendencias y los riesgos de una expansión excesiva del concepto de cultura. CORIJN habla incluso de «los cafés de barrio»; aun admitiendo que sean cultura (lo que es mucho admitir), parece evidente que no forman parte de la cultura a la que se refiere el art. 44.1 CE.
 115. Entre otros, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 91-92.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rio de interpretación»¹¹⁶ para todos los derechos fundamentales, mediante el cual la Constitución expresa la primacía de la persona, no del individuo, sobre el Estado¹¹⁷, en una suerte de exaltación antropocéntrica. En su contenido se puede incluir una plétora de manifestaciones, estatus y comportamientos del individuo, muy heterogéneos, entre los cuales bien puede figurar el acceso a la cultura. En este orden de cosas hay que destacar referencias interesantes de la misma Constitución: el artículo 27.2 relaciona el objeto de la educación (y lo mismo resultaría aplicable a la cultura) con el pleno desarrollo de la personalidad humana y el 25.2 establece una conexión directa entre acceso a la cultura y desarrollo de la personalidad de los reclusos, lo que resulta aplicable a todas las personas. Algunos autores han ido más allá y han hecho referencia a la cultura «como cultivo del hombre en su más variada exigencia, como desarrollo de todas sus aptitudes, de todas sus capacidades»¹¹⁸ o, dicho de otra forma más acorde a la Constitución, a su libre desarrollo de la personalidad y también como arma liberadora del sistema social y político¹¹⁹, subrayando su poder de humanización y emancipación¹²⁰. En conclusión, a pesar de que el derecho a la cultura tiene un artículo específico que lo garantiza y protege autónomamente, el principio del libre desarrollo de la personalidad colabora en otorgar centralidad (o si se quiere, en dotar de nuevos argumentos a su fundamentación) al derecho a la cultura.

- b) Otro valor importante, que parece inmanente a la CE, como ya hemos visto (*supra*, 2.2.2), es el pluralismo cultural¹²¹, que alude a la existencia de una diversidad real y efectiva de culturas, entendidas en sentido amplio, esto es, mucho más allá de los bienes culturales que conforman el objeto del derecho a la cultura. Ciertamente, la CE no habla del pluralismo, de forma expresa, más que en relación con lo político (arts. 1.1 y 6) e, indirectamente, con los ámbitos edu-

116. STC 64/1984, FJ 1.

117. Por todos, MORTATI, 1975, p. 146 y, entre nosotros, PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 247-250.

118. TORRES DEL MORAL, 1984, p. 210.

119. TORRES DEL MORAL, 1984, p. 206, y en el mismo sentido, PÉREZ LUÑO, 1984, p. 301. Asumiendo las importantes aportaciones de ambos autores, GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 64.

120. PÉREZ LUÑO (1984, p. 300). También desde fuera del Derecho; p. ej., ARIÑO VILLARROYA y GARCÍA FERRANDO, 2008, pp. 539 y 546, con sustento empírico-sociológico.

121. AINIS (1991, pp. 132) califica este principio como finalidad última de la acción de los poderes públicos junto al ejercicio popular de la soberanía *Vid.*, para el contexto español, los argumentos de PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 59 y ss.

Capítulo X. El derecho a la cultura

cativo y de la comunicación pública. Detengámonos en el ya citado artículo 20.3 CE, precepto que nos hace caer en la cuenta de que, para el constituyente, la sociedad está formada por varios grupos y que cada uno de ellos es fuente de cultura¹²². La alusión a la lengua nos lleva también a recordar algunas manifestaciones del deber de respeto al pluralismo cultural presentes en la CE: ya hemos destacado aquí las garantías de las comunidades culturales relacionadas con el sistema de autonomía territorial. Nada se dice, en cambio, sobre otros grupos culturales, pero parece claro, a la vista de cuanto llevamos expuesto, que la CE valora positivamente el hecho del pluralismo y también el hecho del pluralismo cultural.

A partir de aquí, nos encontramos ante una difícil tesitura, que tiene alguna trascendencia para nuestro tema: el pluralismo cultural no es tanto un fundamento del derecho a la cultura como un elemento que ayuda a comprender qué tipo de bienes culturales deben ser respetados y, sobre todo, preservados por el Estado. La cuestión es la siguiente: ¿el pluralismo cultural es un hecho o un valor? Según venimos afirmando, es un valor, es decir un deber ser. El problema reside entonces en determinar el alcance de ese deber ser, lo que entronca con la polémica filosófica del multiculturalismo, sobre la que conviene abrir un brevísimo paréntesis.

Hay muchas versiones del multiculturalismo como filosofía política. En términos de dogmática constitucional, el multiculturalismo sería una forma concreta, entre otras posibles, de concebir el pluralismo cultural. El principio constitucional (implícito) es el pluralismo cultural; el multiculturalismo no es un principio constitucional, expreso o implícito, sino una filosofía política. Por lo que aquí interesa, parece común a todas las versiones del multiculturalismo¹²³ la defensa de un papel activo del Estado en la promoción de las manifestaciones culturales minoritarias o en peligro; este tipo de políticas (llamadas «de reconocimiento») no son extrañas al desarrollo constitucional español y se han concretado sobre todo en el ámbito lingüístico. Se trata, como tantas otras veces, de una cuestión de grados: llevado al límite, el multiculturalismo pondría en riesgo el principio básico de toda Constitución, la integración sociopolítica¹²⁴. En el otro ex-

122. Véase *infra*, 1.2.2, la referencia a la STC 49/1984.

123. La obra de referencia es seguramente GUTMANN 1994. En castellano, TAYLOR, 2003.

124. SARTORI (2003) contraponen multiculturalismo (más bien la versión radical del multiculturalismo) y pluralismo, pero al hablar de pluralismo se está refiriendo más bien a la integración. El renombrado politólogo italiano, siempre provocador e interesante, se deja llevar demasiado por su afán polemista. La tensión está mejor planteada y resuelta en PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 96 y ss.; RUIZ-RICO y PÉREZ SOLA, 2002,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tremo, una política neutral frente al hecho cultural, un liberalismo radical tampoco parece aceptable a la luz del artículo 9.2 CE, precepto que, si no tiene carácter imperativo autónomo, al menos refuerza la obligatoriedad de las acciones positivas relacionadas con DFSP concretos (*supra*, III, 2.3.8 y 2.4). Pues bien, consideramos que la CE exige un cierto punto medio, un multiculturalismo moderado¹²⁵, y ésta es la opción asumida por el legislador en el ámbito más importante, precisamente aquél donde surge la tesis del multiculturalismo, el relativo a la inmigración (art. 2 ter.1 de la LE, introducido por la LO 2/2009). No es éste el momento de ampliar esta digresión, pues nuestro concepto de cultura es mucho más restringido que el concepto de cultura que maneja el multiculturalismo. Ahora bien (y aquí encontramos por fin el entronque que buscábamos), las culturas (en sentido amplio) producen bienes culturales (en sentido estricto: obras de arte), y éstos deben ser preservados activamente para garantizar el pluralismo como valor, en términos similares (aunque mucho más limitados y modestos) a lo que proponen las versiones moderadas del multiculturalismo. En definitiva, el valor del pluralismo cultural, inmanente a la CE, parece obligar al Estado a proteger activamente, al menos, los bienes culturales procedentes de culturas minoritarias o en peligro. El fundamento constitucional de esta tesis es el artículo 9.2 CE.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objeto del derecho fundamental del artículo 44.1 CE¹²⁶ es la cultura,

p. 1618; GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 113 y ss.; HUSTER, 2009, pp. 46-47; PAU y ROCA, 2009, pp. 88-89, y, sobre todo, GRIMM, 2007, pp. 53 y ss.

125. En esta dirección vienen a situarse los constitucionalistas españoles que se han aproximado al tema; *vid.*, p. ej., las contribuciones de RUIZ-RICO RUIZ, LÓPEZ GUERRA o SALAZAR BENÍTEZ contenidas en RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2005.
126. Como se advirtió en un comienzo, ninguna duda cabe de que este derecho fundamental existe, pues así lo señala expresamente el art. 44.1 CE. No obstante, en nuestra doctrina hay quien sigue negando la evidencia. Dejando de lado las argumentaciones que se quedan en la referencia a la interpretación «ortodoxa» del art. 53.3 CE, ya desmontadas con carácter general en su momento, veamos p. ej. la argumentación de PAU y ROCA (2009, pp. 52 y 55-56 y 62-67): para estos autores, la cultura no es un derecho fundamental, sobre todo, porque «la cultura, en sí misma, no se puede exigir». Pues bien, a lo largo de este capítulo demostramos, creemos que sobradamente, lo contrario. El planteamiento de PAU y ROCA resulta además internamente contradictorio, pues estos autores señalan después que «El derecho a la cultura es un derecho de prestación [que] faculta para acceder a un servicio público: el servicio público cultural».

Capítulo X. El derecho a la cultura

no sólo el acceso a la misma: nótese la opción del constituyente por la fórmula «a la que», en vez de «al». De entrada, conviene señalar que este derecho resulta ser, sin duda alguna, de estructura compleja porque encaja, ante todo, en la categoría de los derechos de prestación (en las dos variantes de derecho de organización y procedimiento y derecho de prestación fáctica), pero también tiene una relevante faceta defensiva¹²⁷.

Dada la falta de desarrollo directo del artículo 44.1¹²⁸, conviene acudir en primer lugar, *ex* artículo 10.2 CE, a los tratados ratificados por España, y en particular al precepto más importante, el artículo 15.1.a) PIDESC, concretado en la ya citada Observación General n° 21, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OG 21). Preciso resulta, no obstante, hacer notar las diferencias entre los artículos 44.1 CE y 15.1.a) PIDESC: el primero reconoce un derecho a la cultura mientras que el segundo un derecho a «participar en la vida cultural», que es algo más restringido, con un componente prestacional menos evidente. No obstante, creemos que la participación está incluida en el derecho a la cultura y por tanto que el contenido del derecho determinado por la OG 21 sirve para integrar, en parte, el contenido del derecho del artículo 44.1 CE. Pues bien, para la OG 21, el derecho a la cultura tiene tres componentes principales:

- a) Como derecho de participación incluye sobre todo «el derecho a buscar, desarrollar y compartir los conocimientos y expresiones culturales con otros; y a actuar y tomar parte en actividades creativas» (ap. 17), lo que parece remitir a nuestro artículo 20.1.b), que hemos dejado fuera del contenido del derecho a la cultura.
- b) Como derecho de acceso comprende, en particular, el derecho de cualquiera, solo, en asociación con otros o como comunidad (*infra*, 5.1.2), a acceder y comprender la propia cultura y las demás, y ello, a través de instrumentos como la educación y las nuevas tecnologías, entre otros. De la misma forma, toda persona «tiene derecho a acce-

127. El intento más elaborado de configuración dogmática del derecho a la cultura que hemos encontrado en nuestra doctrina es el de GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 152 y ss. y 218 y ss., cuyo problema fundamental es dejarse llevar demasiado por la interpretación mayoritaria del art. 53.3 CE, tantas veces criticada a lo largo de esta obra. La autora reconoce estructuras defensivas y prestacionales del derecho a la cultura, si bien a veces confundiendo contenido y garantía o prestación y participación. Otro punto débil, ya criticado (*supra*, 1.2.2 y 4.2), del trabajo de GONZÁLEZ MORENO, por otra parte muy meritorio, es el de incluir en el contenido del derecho a la cultura el derecho a la creación del art. 20.1.b).

128. Sobre la reserva de ley en este ámbito, remitimos a nuestras consideraciones previas (*supra*, 1.4.1). Si no hay una reserva de ley sobre el derecho a la cultura, son en principio lícitos (aunque no aconsejables) los reglamentos independientes.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

der a formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales [...] y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades» (ap. 18). Aquí el derecho de libertad adquiere una dimensión cercana a lo prestacional, pues ya no se trata tanto de que una persona se manifieste culturalmente sino que reciba las manifestaciones culturales de otros. Esta faceta de recepción puede realizarse libremente, pero para ello va a requerirse, en ocasiones, la disponibilidad sin trabas de tales manifestaciones culturales, lo cual implicará una labor activa de puesta a disposición, esto es, una prestación, en el sentido amplio del término.

- c) Como derecho a la contribución, incluye el «derecho a contribuir a la creación de los aspectos espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad», así como el «el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad de la cual la persona es miembro, así como en la definición, preparación e implementación de políticas y decisiones que inciden en el ejercicio de sus derechos culturales» (ap. 19). Esta tercera dimensión no parece añadir mucho a las anteriores: se reitera la faceta de libertad del derecho y se añade lo que más bien parece una de las garantías del mismo, que por tanto queda fuera del contenido del derecho estrictamente considerado.

En cuanto a los llamados elementos del derecho, la OG 21 incluye los cinco siguientes:

- a) Disponibilidad: el patrimonio cultural de cada Estado debe ser protegido y abierto a las personas, disponibilidad que conecta directamente con el contenido objetivo del derecho a la cultura (*infra*, 7.3).
- b) Accesibilidad, que «consiste en la posibilidad efectiva y concreta de acceder a la cultura y participar en ella» y que se desglosa a su vez en otros cuatro componentes (*infra*, 4.2): no discriminación; accesibilidad física, lo que remite al apoyo no sólo a las zonas urbanas¹²⁹ sino también, y sobre todo, a las rurales¹³⁰; accesibilidad económica,

129. Lo más importante es evitar la concentración de los servicios culturales en el centro de las ciudades. Al respecto, CORJN, 2002.

130. En este sentido véase el art. 29.3 LC sobre salas de exhibición cinematográfica radicadas en pequeños núcleos urbanos o rurales y, con carácter general, el art. 29 de la Ley 45/2007, según el cual, «Con el objetivo de permitir el mantenimiento de una oferta cultural estable y próxima en el medio rural, el Programa [de Desarrollo Rural Sostenible] podrá contener medidas que tengan por objeto: a) Crear redes de espacios culturales, que, reutilizando el patrimonio arquitectónico existente, garanticen la infraestructura para su desarrollo con la mayor polivalencia posible, la

Capítulo X. El derecho a la cultura

esto es, conseguir que todo bien y servicio cultural esté al alcance económico de todos y accesibilidad a la información.

- c) Adaptabilidad: las medidas en materia cultural que el Estado adopta deben ser respetuosas con la diversidad.
- d) Aceptabilidad: cada medida, política o estrategia cultural tiene que implementarse de forma correcta y aceptable para los sujetos, siendo entonces necesaria la participación de éstos (*infra*, 7.1).
- e) Pertinencia: la *pertinencia cultural* es un concepto destinado a adecuar el ejercicio del derecho a las peculiaridades individuales y sociales¹³¹. La OG 21 cita como ámbitos de modulación el trabajo, la protección de niños y familias, la alimentación, la salud, el agua, la vivienda, la educación y la propiedad intelectual [ap. 20.e)].

Nuestra configuración del derecho a la cultura no va a seguir la sistemática de la OG 21, por la señalada razón de las diferencias entre la dicción de los artículos 44.1 CE y 15.1.a) PIDESC. Sin menospreciar la importante faceta defensiva del derecho, quizás menos problemática y con una intensa intersección con las libertades de la comunicación del artículo 20.1 CE, dado el contexto de esta obra, nos centraremos sobre todo en la faceta prestacional del derecho a la cultura, presente ésta también, aunque con menor intensidad, en la OG 21.

4.2. LA CULTURA COMO DERECHO DE DEFENSA

El derecho a la cultura, en su faceta defensiva, tiene dos manifestaciones: como derecho reaccional y como derecho de libertad. El primero consiste en la defensa frente a los ataques a los bienes culturales que conforman el objeto del derecho y se concreta, dado el carácter normalmente colectivo de dichos bienes, en medidas de protección objetiva del mismo, que serán analizadas dentro de las garantías del derecho. A la vista de la legislación vigente, parece que el derecho reaccional a la cultura tiene un contenido meramente objetivo, es decir, no puede ser exigido como derecho subjetivo por los ciudadanos.

Más relevante resulta ser la configuración del derecho a la cultura como

dimensión adecuada para garantizar su sostenimiento y su accesibilidad; b) Impulsar planes de actividades culturales por zona rural, favoreciendo la participación y la iniciativa de todo tipo de entidades privadas; c) Dotar a los municipios rurales de bibliotecas públicas; d) Proteger el patrimonio histórico-artístico ubicado en los municipios rurales y fomentar su mantenimiento y restauración adecuados». Es de lamentar la fórmula habilitadora («podrá») y no imperativa del precepto.

131. Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales, art. 1.e).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho de libertad, el cual se concreta esencialmente, no como libertad de crear [ya reconocida en el art. 20.1.b)]¹³² o de manifestarse culturalmente [reconocida básicamente en los arts. 16.1 y 20.1.a)] sino como libertad de acceder a los bienes culturales ajenos ya existentes, públicos o puestos a disposición del público¹³³; sobre el derecho a la disponibilidad de los mismos hablaremos más adelante, dentro de la faceta prestacional del derecho. En coherencia con la CE, y a veces con cita de la misma, la legislación cultural estatal reconoce un derecho subjetivo de acceso a los bienes culturales¹³⁴. En todo caso, la libertad de acceso no precisa ser reconocida por la ley (sí, en su caso, las restricciones a la misma), pues la CE es de aplicación directa. A la vista de nuestra previa delimitación del objeto del derecho a la cultura, veamos los sectores más relevantes:

- a) La libertad de acceso a los bienes culturales municipales deriva sin más del artículo 18.1.c) LBRL.
- b) La libertad de acceso al patrimonio cultural y a los museos se encuentra legalmente reconocida de forma expresa. Según el Preámbulo de la LPHE, el objetivo último de la norma es precisamente «el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos», y así se reitera en los artículos 2.1 (cláusula general), 57.1.a) (libre consulta de los documentos del patrimonio documental español) y 62 (acceso a archivos, bibliotecas y museos), sirviendo en todo caso el artículo 85 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aplicable al Patrimonio Histórico Español (DA 14^a), que viene a establecer la disponibilidad general de los bienes públicos.

En relación con los bienes declarados de interés cultural, se aplica el mismo régimen (DA 2^a LPHE), lo que se detalla mejor en algunas leyes autonómicas, como por ejemplo la Ley 8/1995, del Patrimonio

132. Correctamente, PAU y ROCA, 2009, p. 63.

133. Los bienes culturales privados accesibles, salvo lo previsto en la legislación de propiedad intelectual o declaración administrativa en contra, son en principio sólo aquellos puestos a disposición del público por sus propietarios.

134. Por todos, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 116 y ss.

Capítulo X. El derecho a la cultura

Cultural de Galicia, donde se obliga a los propietarios de bienes inmuebles declarados de interés cultural a facilitar la visita pública a los mismos, visita que, en todo caso, será gratuita durante cuatro días al mes, en días y horario prefijado. Este tipo de obligaciones son intervenciones sobre el derecho de propiedad justificadas en el artículo 44.1 CE. Al hablar de los obligados privados del derecho volveremos sobre el tema.

La normativa estatal sobre museos confirma la libertad de acceso prevista en el artículo 62 LPHE. Así, el Real Decreto 620/1987, modificado por el Real Decreto 496/1994¹³⁵, que aprueba el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos, concreta los horarios de apertura y establece unas obligaciones mínimas de gratuidad, desarrolladas por la Orden CUL/174/2009, que regula la visita pública a los museos de titularidad estatal adscritos y gestionados por el Ministerio de Cultura y por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música. Esta norma, en vigor desde el 1 de marzo de 2009, sin duda alguna consigue fomentar y hacer más accesible la visita a los museos objeto de la ley y crea distintos abonos y entradas combinadas. En particular, se fija en tres euros el coste diario para la visita pero establece un largo listado de excepciones, en las cuales la visita será gratuita o con descuento (arts. 4 y 5). Finalmente se establece el deber de los museos de facilitar a los investigadores la contemplación y estudio de los fondos que no estén expuestos al público, así como la consulta de todos los catálogos sin menoscabo del normal funcionamiento de los servicios y sin perjuicio de las oportunas restricciones que puedan establecerse a causa de la conservación de los bienes. Por su parte, la Ley 46/2003, del Museo Nacional del Prado fija como uno de los objetivos de esta institución «fomentar y garantizar el acceso a las mismas del público y facilitar sus estudios a los investigadores» (art. 3).

- c) En cuanto a la libertad de acceso al libro (o, más estrictamente, a las bibliotecas), el Preámbulo de la LLLB alude al «derecho que permita acceder al conocimiento a toda la ciudadanía en condiciones de igualdad» y el articulado garantiza el acceso libre y gratuito a ciertos servicios, concretados en cuatro actividades: la consulta en sala de las publicaciones, el préstamo individual y colectivo, la información y orientación para el uso de la biblioteca y cualquier otra necesidad

135. Para establecer la igualdad entre los ciudadanos comunitarios. Al respecto, STJCE *Comisión c. Italia*, de 16 de enero de 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

informativa del usuario y, finalmente, el acceso a la información digital a través de Internet o las redes análogas y la formación para su mejor uso.

- d) La libertad de acceso a los espectáculos y las manifestaciones artísticas no suele estar reconocida expresamente, más que para establecer algunas restricciones por motivos de seguridad, salud pública y protección de los menores (*infra*, 6). No obstante, el derecho de acceso a los «espectáculos y actividades recreativas» se deduce del artículo 58 («derecho a contemplar el espectáculo») del Reglamento del mismo nombre (RD 2816/1982).
- e) En cuanto a las manifestaciones culturales, como la música o las obras audiovisuales, que puedan estar disponibles en la radio y la televisión, resulta de aplicación la libertad de recepción, reconocida parcialmente en el artículo 20.1.d) CE y derivada en todo caso de la configuración como servicio público de estos medios de comunicación¹³⁶. Por último, en relación con Internet, medio también apto, entre otras muchas cosas, para acceder a bienes y manifestaciones culturales, escritas, sonoras o audiovisuales¹³⁷, sirva nuevamente la libertad genérica de acceso, derivada de la configuración como servicio universal del acceso a Internet [art. 22.1.a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones].

En conclusión, existe un derecho de acceso a los bienes culturales públicos o puestos a disposición del público, a veces reconocido expresamente en la normativa específica; cuando no existe dicho reconocimiento, resulta de aplicación directa el artículo 44.1 CE. En todo caso, al ordenamiento no suele interesarle el acceso en cuanto tal, sino sus modalidades de ejercicio y, sobre todo, sus restricciones, tema este que corresponde abordar más adelante (*infra*, 6).

4.3. LA CULTURA COMO DERECHO DE PRESTACIÓN

4.3.1. El Estado no crea cultura

Previamente al análisis de la faceta prestacional del derecho a la cultura debe realizarse una consideración importante, normalmente pacífica: no es bueno que el Estado intervenga directamente en la creación cultural, debiendo quedar ésta, por tanto, en manos de los particulares. El Estado, sin

136. Para profundizar en esta importante cuestión, que abordaremos en nuestro próximo libro (GE), de momento, RODRÍGUEZ PASTORIZA, 2003 y 2005, y HERNÁNDEZ, 2006.

137. De interés, p. ej., BUSTAMANTE, 2003.

embargo, ha de facilitar la creación cultural, y ello de dos maneras: apoyando la difusión de los bienes culturales existentes y, aun antes, contribuyendo activamente a su misma producción. Si el Estado no interviniera, la cultura que recibirían los ciudadanos sería sobre todo la decidida por el mercado y el mercado por sí solo no asegura la existencia de bienes culturales plurales e igualmente accesibles a todos¹³⁸.

En las dos tareas públicas recién mencionadas, que tienen una indudable naturaleza constitucional¹³⁹, aparece el riesgo de pérdida de neutralidad del Estado¹⁴⁰, pues éste ha de decidir permanentemente qué bienes culturales exhibir o fomentar. Pues bien, el principio de neutralidad no es absoluto¹⁴¹ (tampoco el mercado es neutral) y el riesgo de politización de la cultura puede ser mitigado con un adecuado diseño legal y una buena práctica administrativa. Más adelante, en los apartados correspondientes, analizaremos las normas respectivas a la luz de la Constitución. Antes de ello, una revisión a la concepción de cultura del constituyente puede ir arrojando algunas pistas. A nuestro entender, los ciudadanos sólo pueden (constitucionalmente) exigir y el Estado sólo debe (constitucionalmente) comunicar y fomentar la cultura de calidad, esto es, la que sirva al desarrollo de la personalidad, la que entronque con la concepción ilustrada y universalista. Como la selección no es fácil, para evitar el aludido riesgo de politización, lo constitucionalmente deseable es que la selección sea realizada por expertos inde-

138. P. ej., HUSTER, 2009, pp. 16 y 23-24: «El fomento del arte reacciona así a un fracaso estético del mercado: protege el arte y a los artistas de la coerción a adaptarse al mercado». Y p. 26: «Dejar el arte totalmente en mano del mercado llevaría por ello, con gran probabilidad, al empobrecimiento de la estructura cultural». También PRIETO DE PEDRO, 1996, pp. 211 y 215; VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 66-67 y 86; y PAU y ROCA, 2009, pp. 90-92.
139. En el importante trabajo de HUSTER que venimos citando, de forma algo contradictoria con su planteamiento previo de necesidad social de intervención pública sobre el mercado del arte, se acaba defendiendo (pp. 27-30 y 44-45) que dicha intervención es un objetivo políticamente deseable pero no constitucionalmente exigible. El planteamiento de HUSTER, en sí mismo discutible para Alemania, no es trasladable a nuestro país, pues la CE dispone al respecto inequívocos mandatos de actuación; en similar sentido, *vid.* la crítica a HUSTER de PAU y ROCA, 2009, p. 141.
140. La doctrina alerta unánimemente contra este riesgo; p. ej., VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 229 (con acertada cita de FORSTHOFF); RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, p. 1618; GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 63 y 175 o HUSTER, 2009, p. 19.
141. Así vienen a reconocerlo, entre otros, RUIZ ROBLEDO, 1998, p. 17 o PAU y ROCA, 2009, pp. 81-86. Estos últimos acaban defendiendo la tesis que aquí proponemos: «si caben valoraciones objetivas—como creemos—, los poderes públicos tienen que hacer distinciones, pero tienen que hacerlas desde perspectivas estrictamente técnicas e independientes, absolutamente ajenas a elementos de otros ámbitos, y muy en particular, ajenas a la política».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pendientes, mediante procedimientos públicos y sujetos al posterior control judicial¹⁴².

Una vez definida la excelencia, esa cultura a comunicar y fomentar debe ser respetuosa con la diversidad y, lo que seguramente es todavía más importante, debe ser accesible a todos: aquí reside seguramente el núcleo del programa normativo del artículo 44.1 CE.

4.3.2. La comunicación de la creación: el llamado servicio público cultural

El derecho a la cultura tendría poco sentido si el Estado no se preocupara por la difusión de las obras artísticas y culturales. La CE contiene un mandato inequívoco de creación y mantenimiento de un servicio público cultural (en el sentido amplio del término)¹⁴³, que en parte puede ser exigido, como contenido del derecho fundamental subjetivo a la cultura¹⁴⁴, que en este aspecto encaja bien con la naturaleza propia de los derechos sociales¹⁴⁵.

Ya la LPHE prevé varios sistemas españoles de archivos, de bibliotecas¹⁴⁶ y de museos (art. 66). La palabra sistema, utilizada en la Ley, deriva del griego *susthma*, y éste a su vez del verbo *sunisthmi*, que hace referencia a algo unido, estable, compacto. Así, según la LLLB, el sistema español de, en este caso, bibliotecas, «comprende el conjunto de órganos, centros y medios que, mediante relaciones de cooperación y coordinación, actúan conjuntamente con la finalidad de desarrollar los servicios bibliotecarios» (art. 14.1)¹⁴⁷, término este último que podría sustituirse por servicios culturales, para una definición más incluyente y completa. Siempre utilizando como ejemplo la LLLB (cuyo modelo es trasladable *mutatis mutandis* a otros servicios cultura-

142. Sobre la necesidad de expertos y sus consecuencias, consideraciones interesantes, p. ej., en VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 230 o en GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 166 y 204.

143. La doctrina hace bien en conectar derecho (de prestación) a la cultura y servicio público material; p. ej., PRIETO DE PEDRO, 1996, pp. 210 y ss. (esp., p. 214); VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 225 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, p. 1617; GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 230 o PAU y ROCA, 2009, p. 65.

144. Señala al respecto PADRÓS REIG (2000, p. 81): «el acceso a la cultura se promueve fundamentalmente a través de la organización y puesta en funcionamiento de servicios culturales [...] pero la prestación de estos servicios no es propiamente el contenido del derecho a la cultura sino una técnica para cumplir el mandato constitucional». El autor no argumenta su posición. Ahora bien, si hay un derecho a la cultura, debe tener un contenido prestacional, y al menos parte de ese contenido debe poder ser exigida como derecho subjetivo.

145. En lógica derivación del principio del Estado social: sobre todo, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 63-71 y GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 37-38.

146. PRIETO DE PEDRO, 2008, pp. 317 y ss.

147. *Vid.* PRIETO DE PEDRO, 2008, pp. 320 y ss.

Capítulo X. El derecho a la cultura

les), forman parte del sistema español de bibliotecas (art. 14.2 y RD 582/1989): a) el Ministerio de Cultura, la Biblioteca Nacional y el resto de las bibliotecas de titularidad estatal; b) el Consejo de Cooperación Bibliotecaria; c) los sistemas bibliotecarios autonómicos, provinciales y locales y todo tipo de entidades privadas en función de las relaciones de cooperación basadas en el principio de voluntariedad que se establezca, y sin perjuicio de la aplicación de su respectiva normativa.

Esta idea de sistema se reitera en otros ámbitos, como podemos comprobar, por ejemplo en el Reglamento de Museos de titularidad estatal y del Sistema Español de Museos (RD 620/1987) o en la LC, así como en la normativa autonómica.

Paralelamente, la radio y televisión públicas tienen diversas obligaciones de comunicación de la creación cultural, recogidas genéricamente en la legislación [arts. 2.1, 3.2.e), g), h), i) y l) de la Ley 17/2006 y 9.1.j), k), n) y o) de la Ley 8/2009] y, de forma algo más concreta, en el Mandato Marco a la Corporación RTVE, de 13 de diciembre de 2007. No se trata, en todo caso, de obligaciones novedosas (art. 5.1 de la hoy derogada Ley 4/1980). La impresión generalizada es la de un cumplimiento poco satisfactorio de las mismas.

En cuanto a las Administraciones locales, tienen la competencia (*rectius*: obligación) de, respectivamente, realizar o poner en marcha «actividades o instalaciones culturales» [art. 25.2.m) LBRL]¹⁴⁸, lo que implica, al menos, la apertura de una biblioteca pública en los municipios de más de 5.000 habitantes [art. 26.1.b) LBRL].

Existe por tanto un sistema público (el llamado servicio público cultural) de establecimientos y servicios dirigidos, exclusiva o parcialmente, a la comunicación de productos culturales, que no deriva de la discrecionalidad administrativa sino del cumplimiento de obligaciones legales relativamente precisas. Así las cosas, se trata de examinar si tales obligaciones forman o no parte del contenido del derecho fundamental subjetivo a la cultura, esto es, si pueden ser exigidas (jurídicamente, incluyendo entre otras la vía judicial) por los ciudadanos. Pues bien, siguiendo los parámetros establecidos en la parte general de esta obra (sobre todo, *supra*, IV, 4.2.2), la respuesta ha de ser afirmativa. A partir de aquí, el problema se traslada a determinar, en cada caso concreto, si la actuación de la Administración fue o no suficiente para satisfacer los intereses que dan vida (objeto) al derecho fundamental (lo

148. Para una interesante propuesta de las posibles políticas culturales municipales, CO-RIJN, 2002. Téngase en cuenta no obstante que una cosa es la política cultural posible y otra la política cultural constitucionalmente exigible.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

único realmente exigible), problema de no fácil solución con carácter general y sobre el que no contamos con parámetros jurisprudenciales consolidados; sin perjuicio de volver sobre el tema en los lugares oportunos, adelantemos que la respuesta debe comenzar examinando la suficiencia de la ley y, una vez afirmada ésta, interpretándola de conformidad con el artículo 44.1 CE.

4.3.3. ¿Fomento a la creación como contenido del derecho a la cultura?

El derecho a la cultura equivale a la posibilidad de que «todos» (art. 44.1 CE) tengan acceso a los bienes culturales existentes o futuros, no tanto a que *algunos* puedan crear dichos bienes culturales. El fomento a la creación cultural contribuye sin duda, directamente, al acceso de todos a la cultura, pero no puede considerarse estrictamente un contenido del derecho subjetivo sino más bien un contenido meramente objetivo o una garantía del mismo¹⁴⁹ (*infra*, 7.4). Puede aplicarse aquí, *mutatis mutandis*, la jurisprudencia constitucional sobre otro precepto (el art. 27.9 CE) con un grado de vinculación aparentemente mayor (*supra*, VI, 3.3.3) o la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el artículo 5.3 LFB¹⁵⁰. Ahora bien, que no haya un derecho subjetivo a la creación de subvenciones no implica, en todo caso, que no exista un derecho fundamental, protegido mediante vías distintas a las propias del derecho subjetivo.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

5.1.1. Individualidad

El derecho a la cultura, con el contenido que hasta ahora hemos delimi-

149. Resulta significativa la opinión al respecto de uno de los principales defensores en Estados Unidos (país poco proclive al intervencionismo) de la obligación constitucional de fomento estatal de la cultura: «A menudo las subvenciones son más, mucho más, que regalos [...] A veces tratan de promover intereses fundamentales, de naturaleza constitucional. Hay que admitir, ciertamente, que incluso cuando ello es así, es posible que una persona no pueda demandar al Estado para obligarle a establecer un programa subvencional, dadas las dificultades para articular un sistema de remedios judiciales, p. ej., o para fijar el nivel preciso de financiación» (Fiss, 1999, p. 68).

150. GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 185.

tado¹⁵¹, pertenece, en principio, a las personas físicas: son los individuos¹⁵² quienes, en ejercicio de su libertad, acceden a los bienes culturales y quienes utilizan los servicios culturales. La fuerte faceta objetiva de este derecho no debe confundirnos: éste se protege mejor objetivamente y suele ser exigido colectivamente, pero ambas cuestiones guardan relación con las garantías del derecho, no con el derecho en sí. La dignidad es sólo personal, y si la cultura sirve a la dignidad, la titularidad del derecho ha de ser individual.

Lo anterior vale para la mayor parte del contenido del derecho subjetivo a la cultura; cuestión distinta es la posible exigencia colectiva de garantías puramente objetivas, como pudiera ser la solicitud de una subvención por parte de una empresa cinematográfica. Ello sin perder de vista, tanto para el ámbito subjetivo como para el objetivo, que la persona jurídica es un instrumento para el ejercicio de derechos que siguen siendo de la persona física. En este sentido debe interpretarse el apartado 9 de la OG 21, en su referencia a «una persona como individuo, en asociación con otros, o dentro de una comunidad o grupo».

Problema diferente, como adelantábamos, resulta ser la posibilidad de que personas jurídicas, como asociaciones o fundaciones, y colectivos puedan defender, mediante acciones populares (p. ej. la establecida en el art. 8.2 LPHE), sin necesidad de acreditar ningún interés, el derecho a la cultura, aunque sea indirectamente, es decir, protegiendo el contenido objetivo del derecho (*infra*, 7.3). Hay que puntualizar que, de todas formas, no se trataría de un problema de titularidad sino de un problema de legitimación activa en el marco del Derecho procesal.

5.1.2. Universalidad

El derecho a la cultura, en tanto derecho humano, conecta directamente con el principio de dignidad (*supra*, 3), y por tanto son titulares del derecho todas las personas, con independencia de su nacionalidad: la dicción de las fuentes más importantes (y de todas las demás) es inequívoca: «todos» (art. 44.1 CE) y «toda persona» [art. 15.1.a) PIDESE], y nada específico dice sobre

151. Como sabemos, el grueso de la bibliografía sobre el derecho a la cultura (o más bien, significativamente, sobre los derechos culturales, así en plural) analiza este derecho desde una óptica bastante diferente a la propia de la CE, que es la que seguimos nosotros. Entendiendo el derecho a la cultura, sobre todo, como el derecho al mantenimiento y desarrollo de las costumbres de grupos minoritarios no es de extrañar que se hable con frecuencia (así también en la Convención de la UNESCO y en la OG 21) de titularidad colectiva del derecho. Sin ánimo de entrar en esta polémica, parece claro que la tesis no es aplicable al derecho a la cultura, tal y como aquí lo hemos concebido.

152. En la doctrina española, GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 192.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la materia la LE, resultando por tanto de aplicación las cláusulas de su artículo 3, favorables todas ellas a la equiparación de derechos entre españoles y extranjeros. De esta forma, no resultaría constitucional excluir a los extranjeros, por ejemplo, del disfrute del patrimonio cultural o del acceso a un museo, a una biblioteca o a una sala de teatro o de cine. La penúltima reforma (por LO 2/2009) de la LE camina en la dirección apuntada, yendo incluso más allá, al proponer medidas especiales, de variado signo, para la garantía del disfrute al derecho a la cultura por parte de los extranjeros (especialmente, arts. 2 ter.2, 18.2 –último párrafo– y 60.2).

Como hemos afirmado, el fomento a la creación cultural no forma parte del contenido del derecho subjetivo a la cultura sino que es una garantía del mismo. Desde esta perspectiva, las exclusiones a los extranjeros de determinadas subvenciones no implican exclusión de la titularidad sino una opción legislativa de protección objetiva, que será analizada más adelante.

Como también sabemos, universalidad no es sinónimo de gratuidad. La CE y la LE permite introducir modulaciones (no exclusiones) al ejercicio de determinados derechos, y así sucede con el derecho a la cultura, el cual es sin duda alguna universal, pero no necesariamente gratuito. Es decir, las diferencias de trato entre españoles y extranjeros en lo referente a los precios de los servicios culturales no son en sí mismas inconstitucionales, siempre que resulten razonables y no vulneren el principio de asequibilidad, establecido expresamente en la OG 21.

En la práctica, la extensión efectiva del derecho a la cultura ha experimentado un avance espectacular en las últimas décadas. Pese a ello, aún subsisten diferencias significativas por nivel de renta y lugar de residencia¹⁵³. De esta forma, la llamada política de democratización de la cultura (en realidad, extensión de la titularidad efectiva del derecho a la cultura) debe continuar¹⁵⁴; el mandato constitucional raramente se entenderá cumplido en su totalidad¹⁵⁵. En la consecución de dicha política, es importante advertir que no debe caerse en la tentación de banalizar la cultura, incluyendo en su seno bienes o actividades que ninguna relación guardan con el objeto del derecho

153. Datos al respecto en ARIÑO VILLARROYA y GARCÍA FERRANDO, 2008, pp. 541 y ss.

154. ARIÑO VILLARROYA y GARCÍA FERRANDO (2008, pp. 555, 576 y 579-580) consideran que no ha existido en España una auténtica política de democratización cultural, al nivel de los países europeos más desarrollados. Específicamente sobre el teatro, *vid.* las críticas de NÚÑEZ GÓMEZ, 2008, esp. pp. 323 y ss.

155. Como bien dice BENÍTEZ DE LUGO (1995, p. 50), «Reto sin fin, porque la cultura es ilimitada en su horizonte». Asimismo, PÉREZ MORENO, 1991, p. 1635: «las actividades de conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural no tienen límites determinados, por lo cual [la efectividad del mandato de protección] será siempre relativa».

constitucionalmente reconocido. Lo que debe llegar al mayor número no es, por tanto, cualquier cosa, sino precisamente, la cultura de calidad¹⁵⁶.

5.1.3. ¿Titulares privilegiados?

Ya hemos visto cómo la propia CE reconoce específicamente el derecho a la cultura de los reclusos (art. 25), los jóvenes (art. 48) y las personas mayores (art. 50) y en esta línea de especial protección de determinados colectivos insisten con rotundidad la CSE [arts. 15.3 –personas con discapacidad–, 22.c) –trabajadores–, 23.a) –personas mayores– y 30.a) –personas en situación de pobreza o exclusión social–], la Convención de la UNESCO y, sobre todo, la OG 21, en sus apartados 25 (mujeres), 26-27 (niños¹⁵⁷), 28-29 (personas mayores), 30-31 (personas con discapacidad¹⁵⁸), 32-33 (minorías), 34-36 (migrantes) y 38-39 (personas en situación de pobreza¹⁵⁹). El sentido del Derecho internacional es más bien el de protección de las manifestaciones culturales en sentido amplio, pero el argumento vale también para confirmar la concepción de la cultura del constituyente que venimos exponiendo. La legislación estatal, por su parte, confirma este trato especial en diversas ocasiones; por ejemplo, por citar tan sólo un caso significativo, la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, establece diversas medidas de protección indirecta y objetiva del derecho a la cultura de las mujeres en los artículos 14.2 (integración del principio de igualdad de género en la política cultural), 11 (lenguaje no sexista en las relaciones culturales), 19 (informe de impacto de género en los planes culturales) y, sobre todo, 26 (referente a la acción positiva a favor de la mujer en todas las acciones de fomento a la creación y comunicación cultural).

La protección específica a estos colectivos implica acciones positivas en su favor, y así viene a reconocerse expresamente en el apartado 24 de la OG 21. Como hemos afirmado con carácter general, este planteamiento no

-
156. P. ej., HUSTER, 2009, p. 20. La mejor crítica a la reducción de la cultura a una forma más de consumo de masas y la más argumentada exigencia de una política cultural que entronque con la concepción ilustrada y universalista, en FUMAROLI, 2007. Para FUMAROLI, la mejor política cultural sería la que atendiera la demanda del público realmente interesado por la alta cultura, sin tratar de imponer nada ni de convocar a quien no quiere ser convocado. En sentido similar, el muy denso y recomendable trabajo de HELLER y FÉHER, 1995, que resumen su propuesta en un claro eslogan: «refinamiento cultural igual para todos» (p. 13). Asimismo, PAU y ROCA, 2009, pp. 96-97.
157. Vid. la CDN [arts. 17.a), b), c) y d), 20.3, 23.3, 29.1.c), 30 y 31] y la OG 1, del Comité de Derechos del Niño.
158. Vid. la CDPD, art. 30.
159. Destaca especialmente la virtualidad del derecho a la cultura como instrumento de integración social y lucha contra la pobreza, CORIJN, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

contradice ni el principio de universalidad (si acaso lo refuerza) ni el principio de igualdad y se mueve en la propia lógica de los derechos sociales: si la cultura es una necesidad, las prestaciones que integran el contenido del derecho deberán encaminarse a satisfacer las necesidades más acuciantes, siendo claro que los grupos citados tienen mayor necesidad de cultura que el resto de los ciudadanos.

En otro orden bien distinto de consideraciones, tenemos el caso de los investigadores, a veces con mayores facilidades de acceso a determinados establecimientos culturales, o a parte de ellos, que el resto de los ciudadanos. Este privilegio suele justificarse fácilmente en la necesidad de preservar los bienes (sería el reverso de la limitación de acceso, *infra*, 6) y en la función social del trabajo de los investigadores, en términos similares a lo que sucede con la libertad de cátedra o con algunos derechos de acceso de los periodistas.

5.2. OBLIGADOS

5.2.1. Los poderes públicos

El artículo 44.1 CE obliga a «los poderes públicos», estatales, autonómicos y locales por igual, a promover y tutelar el acceso a la cultura, en toda su extensión, con independencia del ámbito territorial del poder público concernido¹⁶⁰. Como recuerda la STC 35/1983, aplicable aquí, los poderes públicos son «todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo». Así, la noción de «poder público» puede desglosarse en los tres poderes del Estado:

- a) El legislativo, incluyendo tanto las Cortes Generales como los Parlamentos autonómicos. A la vista del artículo 149.2 CE (*supra*, 1.2.2), todo Parlamento debe legislar en materia cultural, al menos para garantizar el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la cultura, así como controlar a la Administración en el ámbito cultural, utilizando, por ejemplo, los informes anuales del Defensor de Pueblo y de los organismos similares a nivel autonómico.
- b) El ejecutivo en un sentido amplio, es decir la Administración del

160. Acertadamente, PAU y ROCA, 2009, pp. 74-76.

Capítulo X. El derecho a la cultura

Estado, la autonómica y la local¹⁶¹, así como las Universidades¹⁶², deben desarrollar la normativa legislativa mediante reglamentos, dictar reglamentos independientes en los ámbitos no cubiertos por la reserva de ley, abstenerse de vulnerar la faceta defensiva del derecho a la cultura y, sobre todo, emprender las acciones y garantías necesarias para satisfacer su faceta prestacional.

Una vez dictadas las leyes sobre los sectores más importantes, la Administración ocupa el lugar central en el cumplimiento efectivo del derecho a la cultura, tal y como aquí lo estamos entendiendo. En buena parte de los sectores que analizamos en este capítulo, los conocimientos técnicos y la neutralidad resultan indispensables¹⁶³. Hubiera sido interesante crear Administraciones independientes en ámbitos tan importantes como la declaración de bienes integrantes del patrimonio histórico o la selección de las obras subvencionadas. Ya iremos viendo en cada caso concreto cómo nuestra Administración dista mucho de corresponder a este modelo ideal.

- c) El judicial tiene, entre otras cosas, el deber genérico de garantizar los derechos fundamentales, utilizando los procedimientos legalmente establecidos (*infra*, 7.5 y 7.6) e interpretando las normas de la forma más favorable al artículo 43.1 CE.

5.2.2. Los particulares

La CE no hace referencia expresa a obligaciones de los particulares en materia de derecho a la cultura y el apartado 73 de la OG 21 parece incli-

-
- 161. En relación con los municipios, recordemos (*supra*, 1.4.1), con carácter general, el art. 25.2.m) [exigible como derecho *ex art.* 18.1.c) LBRL], que establece la competencia (esto es, la obligación) municipal en materia de prestaciones culturales y, con carácter específico, p. ej., el art. 20.1 LPHE donde se afirma: «La declaración de un conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica, como bienes de interés cultural, determinará la obligación para el municipio o municipios en que se encontraren de redactar un Plan especial de protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general».
 - 162. Según el art. 93 LOU, «las universidades arbitrarán los medios necesarios para potenciar su compromiso con la reflexión intelectual, la creación y la difusión de la cultura». Dada la redacción del precepto, parece de difícil exigibilidad.
 - 163. Destaca especialmente este punto VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 227-230.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

narse por la tesis mediata de la *Drittwirkung*, pero esta opción parece influida por la naturaleza del PIDESC, que se dirige primariamente a los Estados, como obligados naturales del Derecho internacional.

La legislación, sin embargo, incluye referencias a obligaciones de los particulares, y ello en los tres integrantes principales del contenido del derecho. Unas y otras pueden ser vistas como límites al derecho de propiedad¹⁶⁴ (o a la libertad de empresa, según los casos):

- a) Como derecho reaccional, se castigan los ataques más graves al patrimonio cultural, tanto en vía penal (delitos contra el patrimonio histórico) como civil, gracias a la cláusula general del artículo 1902 CC (*infra*, 7.6). Asimismo, en vía administrativa se establecen limitaciones al uso y disfrute de la propiedad privada de bienes culturales, que concretan el deber de protección de los mismos frente a los ataques de sus mismos propietarios. Por ejemplo, según el artículo 19.1 LPHE el propietario de un bien inmueble declarado bien de interés cultural no «podrá realizar obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución» de la misma Ley (*infra*, 7.3) y el artículo 19.3 prohíbe «la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los jardines históricos

164. O más bien como delimitación (*supra*, III, 4.2): el art. 33.2 CE afirma que el contenido del derecho de propiedad será determinado por la función social de la misma, de acuerdo con las leyes. Esto quiere decir dos cosas: en primer lugar, que la CE supera el antiguo concepto liberal-napoleónico de propiedad, como derecho de gozar y disponer de una cosa de modo absoluto (por todos, RODOTÀ, 1986). En segundo lugar, «las leyes, concretando la función social, son las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio o establecerán los límites de su extensión o intensidad, o las cargas, deberes, y obligaciones que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1997, p. 162): no sólo derechos y libertades para el propietario, sino también deberes y obligaciones. Esta «revolución copernicana» en el tema de la propiedad asume una importancia fundamental a la hora de establecer cargas y deberes a los cuales el propietario está legalmente sometido y esto porque el derecho de propiedad se reconoce a favor del titular y, sobre todo, de la comunidad: «utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (STC 37/1987, FJ 2). Sin necesidad de agotar aquí las citas doctrinales (p. ej., con referencias a GIANNINI, 1976, entre otros muchos, BARRERO RODRÍGUEZ, 1990, p. 368; PÉREZ MORENO, 1991, pp. 1629-1631; GONZÁLEZ RUS, 1996, p. 305 y GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, p. 98), esta simple concepción de la propiedad conlleva necesariamente la posibilidad de intervención pública en la propiedad de particulares de bienes culturales y, consecuentemente, justifica las obligaciones que esos propietarios tienen que cumplir para la protección del bien.

Capítulo X. El derecho a la cultura

y en las fachadas y cubiertas de los monumentos declarados de interés cultural» y también «toda construcción que altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación». La normativa urbanística, por su parte, introduce importantes limitaciones al uso de los bienes culturales por parte de sus propietarios.

- b) Como derecho de libertad, algunas leyes autonómicas establecen obligaciones de acceso a los bienes culturales de titularidad privada. Por ejemplo, recordemos el ya citado artículo 26.3 de la Ley 8/1995, del Patrimonio Cultural de Galicia, según el cual, «los propietarios, poseedores y demás titulares de bienes declarados de interés cultural habrán de facilitar la visita pública a los mismos en las condiciones que se determinen, que en todo caso será gratuita durante cuatro días al mes, en días y horario prefijado»¹⁶⁵, en una adecuada ponderación (que bien podría ser seguida por el legislador estatal y otros legisladores autonómicos) entre el derecho de propiedad y el derecho a la cultura.

También el Real Decreto Legislativo 1/1996, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), incluye algunas obligaciones de los particulares destinadas a garantizar el derecho a la cultura. El artículo 40 tiene como rúbrica, precisamente, «Tutela del derecho de acceso a la cultura» y establece la posibilidad de la intervención del juez, a petición de varias instituciones públicas o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo, para evitar que los derechohabientes ejerzan su derecho a la no divulgación de una obra, afectando así al derecho a la cultura. Según el legislador el interés general de la colectividad tendría que prevalecer, en algunos casos, sobre el interés individual de los derechohabientes. Las facultades en manos de éstos «no [son] absoluta[s] y debe[n] orientarse a la consecución del interés público en el acceso a la cultura [...], que prevalece ante conductas de aquellos que no merezcan amparo»¹⁶⁶. Cuando la no divulgación responda a un encargo de confianza del autor a los derechohabientes, los poderes públicos no podrían obligar a éstos a divulgar la obra. En cambio, la determinación «capri-

165. El artículo ha sido citado bastante debido a la declaración de Bienes de Interés Cultural del Pazo de Meirás, antigua residencia de verano del dictador Francisco Franco, por Decreto 299/2008, por el que se declaran bien de interés cultural, con la categoría de sitio histórico, las Torres de Meirás, situadas en el término municipal de Sada, en la provincia de A Coruña (BOE de 28 de febrero de 2009).

166. CARAMÉS PUENTES, 2007, p. 668.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

chosa», ajena a la voluntad del autor, representaría un abuso de derecho (art. 7 CC) y por tanto una conducta que no merece amparo.

- c) Por último, en lo referente a las obligaciones de prestación, competen primordialmente al Estado, pero de forma excepcional algunas normas imponen obligaciones de hacer a determinadas instituciones privadas, como las cajas de ahorro o las televisiones privadas. Esta obligación resulta escasamente relevante, dada su indeterminación y su difícil exigibilidad por los titulares del derecho (a lo sumo, la Administración podría imponer sanciones en casos claros de incumplimiento). Así, respectivamente, las cajas de ahorro deben invertir en cultura (aunque también en otros sectores próximos; p. ej., RD 2290/1977, art. 22.1 y muchos más concordantes en la normativa autonómica) y las televisiones privadas (ahora denominadas prestadores del servicio de comunicación audiovisual) deben respetar un genérico derecho al pluralismo cultural (art. 4.1 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual), que no significa mucho, pues no tiene un obligado específico. Más polémicas (aunque tampoco forman parte del derecho subjetivo) resultan ser las obligaciones, éstas sí bastantes concretas, de «cuotas de pantalla» y de inversión en cine español, a las que haremos referencia más adelante (*infra*, 7.4).

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

Las intervenciones sobre el derecho a la cultura pueden afectar a sus tres manifestaciones principales. Recordemos que todas ellas deben contar con previsión normativa¹⁶⁷, fundamento constitucional y respetar el principio de proporcionalidad:

- a) Derecho reaccional. Los ataques a los bienes culturales son definidos por el legislador cuando este fija las sanciones correspondientes. El CP castiga estas intervenciones de forma constitucionalmente suficiente, sin que parezca posible justificación alguna de las mismas: así, están penados los derribos y alteraciones graves de «edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental» y los «daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de

167. Si como regla general no es necesaria ley formal para desarrollar el derecho, tampoco parece razonable exigirla para las intervenciones sobre el mismo, salvo, obviamente, que afecten a otros derechos fundamentales concurrentes (p. ej., art. 20.1 CE) si beneficiados de la reserva de ley.

Capítulo X. El derecho a la cultura

valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos» (*infra*, 7.2.2).

También determinadas actuaciones urbanísticas pueden considerarse intervenciones contra el derecho reaccional a la cultura, y así se desprende de la lectura sistemática de la LPHE. En esta dirección, el Defensor del Pueblo ha criticado algunas autorizaciones administrativas para construir en zonas declaradas BIC¹⁶⁸ o demasiado cerca de ellas o de BIC¹⁶⁹, precisamente con el argumento del derecho a la cultura.

- b) Derecho de libertad. Las prohibiciones de acceso a determinados bienes y servicios culturales son básicamente de dos tipos:
- Limitaciones de acceso a museos, bibliotecas y otros recintos culturales, como teatros o salas cinematográficas, que normalmente pueden justificarse en otras normas constitucionales, como el derecho a la seguridad (art. 17.1 CE), en su sentido más amplio [p. ej., art. 57.1.a) LPHE], los derechos de la personalidad del artículo 18 CE [p. ej., art. 57.1.c) LPHE]¹⁷⁰, o el mismo derecho a la cultura, pues en ocasiones la conservación de algunos bienes exige su disfrute condicionado¹⁷¹ (p. ej., art. 66 LPHE). Del examen de esta heterogénea normativa no parecen desprenderse vulneraciones del principio de proporcionalidad¹⁷². El derecho de admisión del artículo 59.1.e) del Reglamento de Espectáculos no es en sí mismo

168. *Informe 2007*, p. 45, en este caso un BIC con categoría de zona arqueológica; *Informe 2008*, pp. 911 y ss., donde el Defensor hace interesantes consideraciones sobre los límites al planeamiento urbanístico por razón de la protección del patrimonio histórico y cultural.

169. *Informe 2005*, pp. 74 y ss.

170. Por el contrario, el art. 8.1 LODH señala que, «con carácter general», no se considerarán intromisiones ilegítimas sobre los derechos del art. 18 CE, «cuando predomine un interés [...] cultural relevante». En realidad, lo que la LODH realiza es una llamada a la ponderación entre los derechos de la personalidad y el derecho a la cultura, en sentido objetivo.

171. Destacan este punto, p. ej., PRIETO DE PEDRO (1996, pp. 214-215), RUIZ-RICO y PÉREZ SOLA (2002, pp. 1613-1614) o GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 176.

172. Está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Popular contra la prohibición de «las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal», introducida por la Ley de Cataluña 28/2010 (nuevo art. 6.1 de la Ley de protección de los animales de Cataluña, Decreto Legislativo 2/2008). El asunto bien podría plantearse desde la perspectiva de la limitación al acceso a las manifestaciones culturales. Si los toros son cultura (recordemos que situábamos este espectáculo en un discutible segundo círculo de lo cultural), no parece fácil justificar (constitucionalmente, como debe ser) dicha limitación.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

inconstitucional, pero debe respetar, en su aplicación, dicho principio.

- Limitaciones de acceso a obras protegidas por la propiedad intelectual. Analizando la LPI parece, a primera vista, que algunas de sus normas limitan la posibilidad de acceder (indiscriminadamente) a los bienes culturales. Los problemas fundamentales son dos: el pago de contraprestaciones a los autores por copia o uso y las descargas en Internet.

En relación con lo primero, la LPI permite (art. 31.2) la reproducción de una obra ya divulgada, sin la autorización del autor, pero sólo para uso privado del copista, excluyendo así tanto el uso colectivo como el lucrativo, siempre y cuando se haya accedido a la obra de manera lícita. El artículo 25 establece una «compensación equitativa por copia privada», lo que incluye el llamado canon digital. La copia de un bien para un uso privado evita la venta de un ejemplar original y, consecuentemente, genera una pérdida de ingresos por parte de los titulares del derecho de autor. El canon digital intenta contrapesar esta falta de ingresos estableciendo una remuneración equitativa sobre todos aquellos materiales y equipos que, según el legislador, van a ser destinados a la copia de bienes protegidos por la LPI, para que se alcance el «restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero»¹⁷³. Se establece, entonces, una presunción *iuris et de iure* según la cual cualquier aparato, soporte o material tanto analógico como digital¹⁷⁴ afecta, no en potencia, sino *de facto (rectius: de iure)* al derecho de autor y, por lo tanto, se le aplica el canon digital. Si es casi indudable que una grabadora de DVD tiene la finalidad esencial de copiar discos DVD, esto no es siempre así con los CD, dispositivos aptos para la copia, pero cuya finalidad esencial no es ésta, sino que comprende un abanico más amplio. Sin embargo, aunque alguien no quiera copiar discos o imprimir fotografías protegidas por la LPI,

173. Dictamen del Consejo de Estado, n° 187/2005, sobre Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

174. Los aparatos y materiales analógicos se establecen directamente en la LPI (art. 25.5), mientras que por lo que concierne a los digitales, la LPI (art. 25.6.3) remite a una Orden conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio. La DT única de la Ley 23/2006, en espera de la Orden y fijando un marco mínimo, remitía a los acuerdos suscritos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago. La posterior Orden PRE/1743/2008 fue anulada por la SAN de 22 de marzo de 2011 (JT 2011, 202).

Capítulo X. El derecho a la cultura

cuando compra CD vírgenes o una impresora, tendrá que pagar también el canon establecido por la LPI.

El canon ha provocado bastante polémica. Por un lado, los favorables al mismo lo justifican afirmando que es un mal necesario, pues no hay manera de controlar lo que hace una persona con cada aparato o soporte que compra. Por el contrario, sus detractores proponen modificar este sistema de compensación porque objetivamente se incluyen tanto a los instrumentos cuya finalidad es la de copiar (grabadora de DVD) como aquellos cuya clasificación tan marcada parece muy difícil y no segura a fines legales como, por ejemplo, los CD. La polémica ha quedado parcialmente zanjada por la STJUE de 21 de octubre de 2010, la cual, respondiendo precisamente a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁷⁵, ha señalado que «la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29». La posterior STJUE de 16 de junio de 2011, respondiendo esta vez a una cuestión prejudicial planteada en Holanda, matiza, al afirmar que la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que el usuario final que realiza a título privado la reproducción de una obra protegida debe, en principio, considerarse el deudor de la compensación equitativa. [...] No obstante, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un canon por copia privada que grave a quienes ponen a disposición del usuario final equipos, aparatos o soportes de reproducción, siempre que estas personas tengan la posibilidad de repercutir el importe de dicho canon en el precio de puesta a disposición abonado por el usuario final». Asimismo, para la última Sentencia citada, la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que incumbe al Estado miembro que ha establecido un sistema de canon por copia privada que grava al fabricante o al importador de soportes de reproducción de obras protegidas, y en cuyo territorio se produce el perjuicio causado a los autores por el uso con fines privados de sus obras por compradores que residen en él, garantizar que dichos autores reciben realmente la compensación equitativa destinada a indemnizarles de tal perjuicio», y «corresponde al órgano jurisdiccional nacional, en el supuesto de que sea imposible garantizar la percepción de la compensación

175. AP de Barcelona (Sección 15ª), Auto de 15 septiembre 2008, (JUR 2008, 320654).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

equitativa de los compradores, interpretar el Derecho nacional a fin de permitir la percepción de dicha compensación de un deudor que actúa en el ejercicio de una actividad mercantil».

El canon digital intenta ponderar los intereses en juego, esto es, los derechos fundamentales que se enfrentan: por un lado el derecho a la cultura y por otro el derecho de propiedad, sea en general¹⁷⁶ (art. 33 CE) sea como complemento al derecho a la creación¹⁷⁷ [art. 20.1.b) CE]. Al margen de la incidencia del Derecho de la Unión, por lo que aquí interesa, no parece que por las cifras establecidas como compensación (recordemos que la cultura debe ser asequible, no necesariamente gratuita), pueda impedirse el goce del derecho a la cultura de manera significativa: el canon actualmente vigente respeta el principio de proporcionalidad¹⁷⁸.

Otra de las contraprestaciones previstas en la LPI se refiere al uso de bienes culturales en las bibliotecas, y en concreto al nuevo canon por préstamo establecido en el artículo 37.2 LPI, introducido por la LLLB. La ponderación exacta entre los intereses en juego no está todavía claramente determinada. Coincidimos con lo afirmado con el Defensor del Pueblo¹⁷⁹: «son necesarias todas las medidas que puedan arbitrarse para evitar que la obligación de las entidades titulares de las bibliotecas públicas de asumir el coste de la remuneración por el préstamo bibliotecario, dificulte o entorpezca las labores de promoción y difusión cultural que desarrollan esas instituciones, ni tampoco implique o permita una merma en la calidad de los servicios que se prestan a los usuarios» (*infra*, 7.4).

Por otro lado, las descargas en Internet plantean una problemática peculiar. Con la legislación vigente, de hecho, sólo parecen prohibirse las realizadas con ánimo de lucro (art. 270 CP). Ello ha provocado que sea práctica generalizada la copia de bienes culturales con

-
176. Así BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2006, pp. 20 y ss.); también los partidarios de una «cultura libre», como LESSIG, afirman sin duda alguna que esta cultura libre no es una cultura sin propiedad y que el copyright, aunque de manera muy especial, es un derecho de propiedad: LESSIG, 2005, pp. 19-20 y 85.
177. El Defensor del Pueblo también adopta esta perspectiva, desde una casuística muy variada: *Informe 2005*, pp. 812 y ss., *Informe 2006*, pp. 710 y ss., *Informe 2007*, p. 331, etc.
178. No obstante, el Informe de la Subcomisión de la Comisión de Cultura creada en el Congreso de los Diputados para estudiar la posible reforma de la LPI se plantea, bien que de forma bastante ambigua (*vid.* apartados 15 a 17, en *BOCG*, serie D, n° 345, de 1 de marzo de 2010, p. 19) su modificación.
179. *Informe 2004*, pp. 38 y 1254 y ss., *Informe 2005*, p. 62, *Informe 2008*, p. 1212, etc.

Capítulo X. El derecho a la cultura

propiedad intelectual (mayoritariamente películas y canciones), para uso particular, lo que implica, al parecer, importantes pérdidas de beneficios a las empresas y a los propios autores, con riesgo para el mantenimiento de la propia oferta cultural. Esta situación obliga a los poderes públicos a un nuevo reequilibrio entre los derechos enfrentados¹⁸⁰, pues ciertamente si los bienes culturales con propiedad intelectual fueran de acceso libre y gratuito, no sólo se vulneraría el derecho a la propiedad intelectual sino, a la larga, el mismo derecho a la cultura, al limitarse en la práctica la oferta de bienes disponibles. Tras un amplio debate en la opinión pública, la solución a la que se ha llegado, y que no es este el momento de exponer (DF 43 de la Ley 2/2011, que a su vez modifica la Ley 34/2002, la LPI y la LJCA) parece haber logrado bastante consenso, equilibrando bien los intereses enfrentados (por lo que aquí interesa, también desde la perspectiva del derecho a la cultura): en síntesis, clausura de sitios web que permitan descargas ilegales, con autorización judicial.

- c) Derecho de prestación. La omisión de las prestaciones culturales necesarias para satisfacer el contenido del derecho no parece que pueda encontrar fundamento en ninguna norma constitucional. El problema aquí no es tanto de justificación de intervenciones como de delimitación del contenido del derecho fundamental. En la jurisprudencia no encontramos casos significativos (lo que da una cierta idea de que la falta de equipamientos culturales no es vista como un problema grave en la sociedad española), pero ello no quiere decir que no puedan plantearse, especialmente en relación con la asequibilidad (servicios culturales excesivamente costosos), con el pluralismo (falta de apoyo a manifestaciones culturales minoritarias) o con la accesibilidad territorial (servicios culturales concentrados en las ciudades). Los Informes del Defensor del Pueblo dan cuenta de algunos problemas escasamente significativos: dejando de lado lo atinente a la propiedad intelectual, ya mencionado, las pocas quejas que se han presentado en los últimos años en materia de omisión de prestaciones culturales se concentran en la no restauración por la Administración de ciertos bienes culturales¹⁸¹ y, sobre todo, en el ámbito de las bibliotecas: inexistencia de biblioteca pública municipal¹⁸², insuficiencia de material bibliográfico en biblioteca escolar¹⁸³

180. La Subcomisión del Congreso de los Diputados citada no hace sino recordar esta obviedad (aps. 20 a 22, p. 20).

181. *Informe 2006*, pp. 718 y ss., *Informe 2007*, p. 60; *Informe 2008*, p. 92, etc.

182. *Informe 2006*, p. 69.

183. *Informe 2007*, p. 76.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

o inexistencia de una habitación destinada a biblioteca en un centro de menores¹⁸⁴. De los datos proporcionados en los Informes no se puede deducir cuál fue la solución propuesta por el Defensor, pero podríamos reconstruir estos casos de la manera siguiente: si existe una obligación, legal o reglamentaria, de prestación, la Administración concernida debe satisfacerla. El argumento de la falta de recursos parece insuficiente por sí solo para justificar la omisión, a menos que la Administración demuestre (y la carga de la prueba corresponde a ella) que utilizó los recursos disponibles para satisfacer otros derechos fundamentales.

7. GARANTÍAS

7.1. INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN

Para poder ejercer adecuadamente el derecho a la cultura resulta necesario que exista algún grado de información y participación en el ámbito cultural. En cuanto a lo primero, ya la OG 21 incluye en las obligaciones de respeto asociadas al derecho la de informar a todos sobre «cualquier proceso importante de toma de decisiones que tenga impacto» sobre el derecho a la cultura. Manifestaciones más concretas de las obligaciones de informar en materia cultural, del más variado signo, hallamos, por ejemplo, en los artículos 9.2 (información pública en el procedimiento de declaración de bienes de interés cultural), 35 (Planes Nacionales de información sobre el patrimonio histórico español) y 61.3 LPHE (obligación interadministrativa de información de archivos, bibliotecas y museos) o en los artículos 13.4.c) (información al público para el uso de la biblioteca como servicio básico de toda biblioteca pública) y 15.1 LLLB (intercambio interadministrativo de información como instrumento de la cooperación bibliotecaria) o en la disposición adicional 1ª LLLB (depósito legal de publicaciones para facilitar su conocimiento) y en todo caso, sirven en general, pese a sus limitaciones (*supra*, V, 2), las obligaciones de información contenidas en la LPC. La exigibilidad de estas obligaciones de información depende obviamente de la dicción de las previsiones normativas correspondientes y de su conexión, mayor o menor, con el núcleo del derecho subjetivo fundamental.

Más importantes parecen las obligaciones (y consiguientes derechos, al menos en parte) de participación en el ámbito cultural¹⁸⁵: los ciudadanos

184. *Informe 2005*, p. 856.

185. Así lo destacan, entre otros, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 218 y ss. y GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 166 y 204.

deben tomar parte activa en la tutela (no sólo judicial) de los bienes culturales así como (recordemos, no es bueno que el Estado imponga a la sociedad unas determinadas directrices culturales) colaborar activamente en la concreción de la cultura (siempre, claro está, dentro de una mínima definición objetiva de lo cultural) que debe ser fomentada por los poderes públicos. Ambas perspectivas son especialmente destacadas por la OG 21, por ejemplo en sus apartados 15, 54 a) y 55 e) (derecho a participar en la definición, elaboración e implementación de políticas y decisiones con impacto en el ejercicio de los derechos culturales de la persona, con cita del art. 5 de la Convención de la UNESCO) o 16 c) (consultas para garantizar la aceptabilidad de las medidas de protección de la diversidad cultural).

La legislación española no es precisamente generosa en el reconocimiento de derechos de participación en el ámbito cultural¹⁸⁶, pudiéndose citar al respecto tan sólo el artículo 10 LPHE, que permite a los ciudadanos solicitar la incoación de expediente para la declaración de bienes de interés cultural. Los problemas no son aquí distintos a los planteados en general por la participación en materia de derechos sociales y no es preciso volver ahora sobre ellos.

Quizás más útiles que estas formas de participación administrativa, poco transitadas en la práctica (no sabemos si por falta de previsión legal o por insuficiente activismo ciudadano), sean formas de participación (en el sentido amplio del término) más flexibles (y por ello difícilmente exigibles jurídicamente), como las recogidas por ejemplo en los artículos 6 (colaboración de «instituciones culturales» en la proyección internacional de los autores españoles) y 7 LLLB (colaboración de «asociación de profesionales del sector del libro» y de la «industria del libro» en la promoción de la industria editorial y del comercio del libro), por otra parte necesarias para la eficacia de las medidas que se adopten: si el principio de subsidiariedad tiene una fuerza evidente en materia social es precisamente aquí. En cuanto a los órganos administrativos, es de lamentar que ninguno de los más importantes a los efectos que aquí interesan (el ICANN y el INAEM) permita fórmulas de participación ciudadana. Esta omisión no es inconstitucional pero trasluce una política poco generosa con la puesta en práctica de una garantía que creemos importante para el derecho a la cultura.

7.2. PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

7.2.1. Medidas de conservación y fomento del patrimonio cultural

El derecho a la cultura exige medidas de conservación de los bienes

186. Así, RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, p. 1616. Algunos datos en ARIÑO, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

culturales, dirigidas especialmente a prevenir eventuales ataques contra los mismos, lo que enlaza directamente con la consideración del derecho como derecho reaccional. La conservación se refiere a la «acción previa de defensa del patrimonio»¹⁸⁷, entendido este en sentido amplio: al menos, según el artículo 1.2 LPHE, los «inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico» y «el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico», a lo que habría que añadir, en la medida en que no estuvieran comprendidos en estas relaciones, los bienes culturales protegidos por la LLLB y por la LC. Las técnicas que prevé nuestro ordenamiento para la conservación del patrimonio cultural incluyen, ante todo, técnicas de policía y fomento¹⁸⁸.

La LPHE encomienda a la Administración diversas actuaciones de policía en relación con los bienes culturales, que van desde inspecciones y autorizaciones para ciertos tratamientos de estos, hasta el plázet para su enajenación. Así, la Ley permite a la Administración (*supra*, 5.2.2) examinar los bienes del Patrimonio Histórico Español para verificar su estado de conservación o el cumplimiento de la comunicación obligatoria a la Administración competente de la existencia de un bien declarado de Interés Cultural, o que tenga incoado un expediente para su declaración, o que esté incluido en el Inventario General, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Además, grava sobre los propietarios o, en su caso, sobre los titulares de derechos reales o los poseedores de tales bienes la obligación de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos y, en caso de incumplimiento, la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ordenar la ejecución subsidiaria. También el uso de BIC o de bienes muebles incluidos en el Inventario general se supedita a la condición de que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. La vulneración de estas prescripciones podría ser considerado causa de «interés social» para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente. En el plano fáctico, la LPHE obliga los poderes públicos a procurar por «todos los medios de la técnica» la conservación, consolidación y mejora tanto de los BIC como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General. Además, y sólo para los BIC, éstos no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los organismos competentes.

Otra técnica de policía adoptada por la LPHE, también con finalidad

187. PRIETO DE PEDRO, 1991, p. 1564.

188. Para un análisis más detenido, por todos, BENÍTEZ DE LUGO, 1995, esp. pp. 219 y ss.

básicamente preventiva, es el procedimiento de expoliación previsto en el artículo 4. Según el precepto, por expoliación se entiende «toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social». En tales casos, continúa el artículo 4, «la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento, podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado». Si hemos transcrito literalmente es precepto es por su trascendencia constitucional: en caso de grave peligro para los bienes culturales, prevalecen las competencias del Estado, lo que encuentra justificación clara, a nuestro juicio, en el artículo 44.1 CE, en conexión con el artículo 149.1.1^a; es decir, la garantía de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad en todo el territorio español es más importante que el estricto respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas¹⁸⁹.

La LPHE establece también medidas de fomento dirigidas a financiar las obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación, así como las protecciones y excavaciones arqueológicas realizadas en bienes declarados de interés cultural¹⁹⁰; y esto de dos formas: dicha financiación tiene acceso preferente al crédito oficial y mediante la previsión siguiente: «en el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 % de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno» (art. 68.1 LPHE). Además, la Ley establece, a favor de los titulares o poseedores de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, como compensación de las cargas, unas medidas fiscales de favor como, por ejemplo, una deducción en el IRPF de una cuota equivalente al 20 % de las inversiones que se realicen para obras de mejora, reparación o difusión; asimismo, del IRPF podrán deducirse, hasta un 20 %, las donaciones puras y simples que

189. No es de extrañar que en este tipo de procedimientos se produzcan tensiones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. *Vid.*, p. ej., la Orden CUL/3631/2009, de 29 de diciembre, por la que se resuelve el procedimiento por expoliación del conjunto histórico del Cabanyal.

190. Para un análisis más detenido de las medidas de fomento fiscales y parafiscales, BENÍTEZ DE LUGO, 1995, pp. 513-678.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, siempre que se realicen a favor del Estado y demás entes públicos. Para fomentar el retorno del extranjero de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, se permite el pago de las deudas tributarias mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, tanto muebles como inmuebles, y se exime de todo tributo a las importaciones de bienes muebles incluidos en el inventario. De otra parte, la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de Entidades sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mece-nazgo, exime del pago del Impuesto de Sociedades a «las explotaciones económicas de los bienes declarados de interés cultural conforme a la normativa del Patrimonio Histórico del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como de museos, bibliotecas, archivos y centros de documentación, siempre y cuando se cumplan las exigencias establecidas en dicha normativa, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes» (art. 7.4) y considera deducibles los «donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro general de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario general a que se refiere la LPHE», así como los «donativos o donaciones de bienes culturales de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión del patrimonio histórico artístico» [art. 17.1.d) y e)].

En el campo de películas cinematográficas, la LC habilita a las Administraciones competentes a conceder ayudas para la realización (hasta el 50 % de su coste) de «interpositivos», «internegativos» y másters en soporte digital o de otra naturaleza de películas a toda empresa productora o titular de películas que se comprometa a no exportar el negativo o el soporte digital original de las mismas y lo deposite en la Filmoteca Española o Filmoteca de la Comunidad Autónoma competente, con la finalidad de promover la conservación del patrimonio cinematográfico, mediante un fondo cada vez más extenso.

7.2.2. Medidas contra los daños a los bienes culturales

Las medidas de conservación y fomento del patrimonio cultural deben completarse con sanciones (obviamente, proporcionadas y eficaces); cuando la prevención resulta insuficiente y el daño se produce, las sanciones cumplen una función nuevamente preventiva y en su caso reparadora. El propio artículo 46 CE exige al legislador, precisamente como complemento de la garantía de conservación, imponer las sanciones más graves, las penales: «La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio». La pertinencia de la creación de tipos sancionadores no ofrece duda: si el derecho a la

Capítulo X. El derecho a la cultura

cultura es, sobre todo, el derecho a usar los bienes culturales, el Estado debe castigar los ataques contra tales bienes. Utilizando la *reductio ad absurdum*, si no existiera ninguna protección para estos bienes, ningún medio de defensa, el derecho a la cultura existiría sólo de manera virtual, como un derecho fundamental reconocido en la Constitución pero sin un contenido real.

Las sanciones son de dos tipos:

- a) Desde el punto de vista administrativo, la LPHE y otras leyes sectoriales como la LLLB prevén sanciones administrativas, generalmente pecuniarias y de cuantía elevada. Por su importancia y generalidad destacan las sanciones en caso de incumplimiento, por parte de los propietarios, titulares de derechos reales o poseedores de los bienes, de las obligaciones de protección legalmente establecidas (art. 76 LPHE). Los importes resultan ser muy elevados: en caso de que se pueda cuantificar la entidad del daño, la multa será del cuádruplo del valor del daño causado. En el caso en que esto no sea posible, la Ley prevé sanciones que van de 60.101 a hasta 601.012 euros.
- b) El reconocimiento constitucional de la tutela penal del patrimonio histórico, artístico y cultural conlleva dos consecuencias. En primer lugar, nos encontramos frente a la superación de las concepciones tradicionales personalistas del bien jurídico, puesto que aquí el bien protegido resulta ser «un bien de dimensión social y colectiva cifrado en la conservación del patrimonio histórico y cultural»¹⁹¹ o, dicho de otra forma, «la función y el valor sociocultural de los bienes que integran este Patrimonio»¹⁹². La finalidad de esta protección tan intensa tiene fundamento en el hecho de «asegurar su disfrute público por parte de la colectividad, que posibilite el acceso a la cultura y participación del individuo en los procesos sociales y culturales de un sistema pluralista y democrático»¹⁹³. En segundo lugar y debido a la formulación del artículo 46.1 CE la actuación en el campo penal resulta imperativa, sin que el legislador pueda valorar y elegir sobre la oportunidad de la misma¹⁹⁴.

Los tipos penales que directamente protegen los bienes culturales se encuentran en los artículos 321 a 324 CP:

-
191. MUÑOZ CONDE, 2004, p. 569. Para una reseña de las diversas posiciones doctrinales, GUIASOLA LERMA, 2001, pp. 279 y ss.
 192. GUIASOLA LERMA, 1996, p. 175.
 193. SALINERO ALONSO, 1997, p. 181.
 194. Véanse las consideraciones de GONZÁLEZ RUS (1996, pp. 292 y ss.) sobre el balance entre el principio de mínima intervención en materia penal y el art. 46 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- El artículo 321 prevé las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años para quienes derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental. Además, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Lo que se quiere conseguir, en todo caso y además del ejercicio del *ius puniendi*, es la recuperación del edificio, para que pueda reanudarse su disfrute, intentándose así salvaguardar el contenido objetivo del derecho a la cultura.
- El artículo 322 establece, además de la pena prevista en el 404 CP, la pena de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses, para la autoridad o funcionario público que, «a sabiendas de su injusticia», es decir con dolo, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos. La misma pena se impondrá a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. Este delito parece un caso de prevaricación específica agravada; mediante él se quiere dar «un tratamiento diferenciado a la responsabilidad penal en que puede incurrir el funcionario público en sectores de la actividad social sometidos a una elevada intervención y capacidad de actuación de la Administración»¹⁹⁵.
- El artículo 323 establece la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses a quien cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. También aquí, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.
- Para concluir, el artículo 324 castiga con la pena de multa de tres a 18 meses, quien por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor

195. GUIASOLA LERMA, 2001, pp. 561 y ss.

Capítulo X. El derecho a la cultura

artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.

Junto al capítulo del CP exclusivamente dedicado a los bienes culturales, otras disposiciones completan, de forma indirecta, la protección de estos bienes. Así, por ejemplo, el artículo 235 prevé, entre las varias formas cualificadas del hurto, el relativo a la sustracción de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico y lo mismo ocurre en relación con el robo con fuerza *ex* artículo 241.1. También la estafa (art. 250.1) puede recaer sobre los bienes del patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. El artículo 253 contempla los casos en que el objeto de la apropiación indebida sea una o más cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. En los delitos contra la Administración Pública, se prevé un aumento de la pena por malversación cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico (art. 432.2). Además, según la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, integra en el delito de contrabando la acción de llevar fuera del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

Todos estos tipos penales garantizan el contenido objetivo del derecho, es decir, el disfrute de la cultura por la colectividad: «el fundamento de la tutela [penal] no se encuentra, pues, en el deseo de establecer una sobreprotección del propietario, sino en el compromiso de posibilitar y permitir el acceso y la participación cultural de los ciudadanos»¹⁹⁶.

Para concluir, hay algo que parece necesario subrayar al fin de encuadrar mejor la protección del contenido objetivo del derecho a la cultura. En efecto, se contempla en los artículos 321 y 323 la posibilidad de que los Jueces o Tribunales ordenen al autor del hecho delictivo medidas de carácter civil, como la reconstrucción o restauración de la obra o la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado, medidas éstas que forman parte del contenido de la reparación prevista, con carácter general, en los artículos 110.2 y 112 CP. Lo que parece censurable es el no haber extendido también al tipo delictivo integrado en el artículo 324 la previsión expresa de esta medida reparadora, que aquí habría operado de forma mucho más eficiente.

En otro orden de cosas, también como medidas contra los daños a los bienes culturales, cabe citar brevemente las acciones civiles que pueden utilizarse:

196. GONZÁLEZ RUS, 1996, p. 289.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- La acción reivindicatoria del artículo 348.2 CC se ejercita por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario¹⁹⁷. Según el Tribunal Supremo tiene tres requisitos: título legítimo del reclamante, que tiene que ser probado por él; identificación de la cosa reclamada, que ha de acreditarse con la debida precisión; y posesión injusta de quien posea la cosa, y a quien en definitiva se reclama. En relación con los bienes culturales, el primer requisito es del mayor interés: por lo que concierne a los bienes inmuebles, existe la obligación de la Administración competente de inscribir de oficio en el Registro de la Propiedad la declaración de BIC de monumentos y jardines históricos, lo que facilita la prueba. En relación con los muebles éstos pueden ser clasificados como BIC o como bien inscrito en el Inventario General de Bienes Muebles. Las certificaciones de los registros culturales son documentos públicos y, por lo tanto, dotados de los efectos *ex* artículos 1218 CC y 319.2 y 517.2 LECiv, esto es, una presunción *iuris tantum* de que quien los presenta es efectivamente el titular del mismo, salvo prueba contraria, y la ejecutividad inmediata de los mismos documentos.
- La acción declarativa, derivada del artículo 348 CC, tiene por finalidad «obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye»¹⁹⁸. Requisitos de esta acción son: la prueba del dominio de la parte actor y la identidad de la cosa, sin que resulte necesaria la posesión de la parte demandada. Además de estos dos requisitos, la jurisprudencia requiere una necesidad de protección jurídica, esencial para el ejercicio de cualquier acción con naturaleza meramente declarativa¹⁹⁹.
- La acción negatoria, de creación jurisprudencial²⁰⁰, es aquella que compete al propietario de una cosa para defender su dominio y para que se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes sobre él²⁰¹. El objetivo de la acción es tanto provocar la cesación de acciones mo-

197. Por todas, STS de 30 octubre de 1997 (RJ 1997, 7344).

198. STS de 28 de febrero de 1962 (RJ 1962, 1164).

199. Para el desarrollo más concreto de este requisito de «necesidad de protección jurídica» véase, p. ej., la STSJ de Navarra, de 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4826).

200. Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales, establece una disciplina explícita de la acción negatoria. La misma sustituye la precedente Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, que ya desde 1990 preveía este instrumento de protección, aunque con una aplicación parcial en el territorio español.

201. Díez-PICAZO, GULLÓN, 1997, p. 203.

lestras como, en previsión futura, la abstención de las mismas. Sus requisitos son: el dominio del actor sobre la *res* y la realización por el demandado de actos que suponen el ejercicio de un derecho real²⁰², actos, entonces, que perturban de forma ilegítima el derecho de propiedad del actor. La LPHE establece varias obligaciones a los titulares de los bienes (*supra*, 7.3), dependiendo de la calificación del bien (BIC, perteneciente o al Inventario General de Bienes Muebles o simplemente al Patrimonio Histórico Español). Si la Administración quisiera extralimitarse en sus facultades sobre bienes pertenecientes a particulares, por ejemplo ejercitando un derecho de visita sobre un bien inmueble no declarado BIC, cada titular podría oponerle la acción negatoria. El mismo discurso puede aplicarse, *mutatis mutandis*, a un particular que, con su acciones, afecte al derecho de propiedad sobre el bien cultural de otro sujeto.

7.3. PROTECCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Podría parecer contradictorio considerar la propiedad intelectual desde el punto de vista tanto de las intervenciones sobre el derecho a la cultura (*supra*, 6) como de las garantías del mismo, pero no es así: la propiedad intelectual tiene una función social (art. 33.2 CE) que colabora, entre otras cosas, a garantizar el derecho que estudiamos, y ello en un doble sentido:

- a) Límites al acceso, para asegurar que una parte importante de los bienes culturales (los que contienen propiedad intelectual) no se agote y que vendrían a coincidir con las intervenciones que ya hemos estudiado. En efecto, el mismo hecho de calificar la propiedad intelectual como propiedad privada garantiza *indirectamente* el derecho a la cultura: si el autor de la obra percibe una remuneración por su creación y por su utilización por los demás, puede vivir de lo que produce y, consecuentemente, tiene incentivos para producir más obras. Incluso los partidarios de la «cultura libre» afirman que «la ley [...] posee una razón para proteger a los autores, *al menos en la medida en que, haciéndolo, les proporciona un incentivo para producir*»²⁰³. Si no existiera protección legal de la creación (la llamada cultura anárquica), habría muchos menos autores y sólo unos pocos, quienes pudieran garantizarse una vida digna sin contar con las ganancias provenientes de la obra, producirían bienes culturales²⁰⁴. Muy prosai-

202. STS de 2 octubre de 1990 (RJ 1990, 7465).

203. LESSIG (2001, p. 248), cursiva en el texto.

204. Hay que evitar la ecuación cultura libre igual cultura anárquica; *vid.*, de manera muy elocuente, LESSIG, 2001, pp. 229 y ss.; 2005, pp. 19-20 y 273 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

camente podría describirse el proceso como un círculo que se reproduce autónomamente y (casi) de manera infinita.

- b) Límites al ejercicio (o más bien delimitación del contenido) de los derechos de autor que *directamente* garantizan el derecho a la cultura, pudiéndose citar al respecto, como más significativos:
- La reforma de la LPI de 2006 introduce un nuevo artículo, el 31 bis, cuyo apartado segundo establece una acción positiva al permitirse la reproducción, distribución y comunicación pública, sin costes añadidos, de obras que ya han sido divulgadas, en ventaja de personas con discapacidad (antes, sólo de invidentes). Este apartado utiliza el margen de libertad permitido a los Estados por el artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE y resulta de fácil justificación constitucional: como generalmente las obras se realizan para la «mayoría» de los ciudadanos, hace falta favorecer, con medidas como ésta, que el mayor número pueda acceder a la cultura y, sobre todo, aquellos que representan una minoría. La Ley permite también, mediante la transformación de la obra, la adaptación de la misma al lenguaje propio de los discapacitados. De otro lado, el impedir a los usuarios discapacitados acceder a los materiales, instalaciones y servicios de la biblioteca se considera como una infracción grave [art. 17.2.d) LLLB].
 - El artículo 32.1 LPI (modificado por la Ley 23/2006) permite la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas, sea cual sea la naturaleza del fragmento incluido. Como antes, la obra ya debe haberse publicado y esta inclusión debe tener fines docentes o de investigación. Se permite, entonces, la posibilidad de citar, analizar, comentar o criticar libremente, sin previa autorización del autor y sin costes añadidos, obras objeto de propiedad intelectual, siempre que se incluya el nombre del autor de la obra. Esta medida podría también clasificarse en el primer grupo, es decir, el hecho de poder citar, pero sobre todo de criticar una obra crea un círculo virtuoso para la creación y también para el acceso a la cultura: señalar y comentar una obra significa difundirla mientras que criticarla significa crear nuevos bienes que se pueden clasificar como cultura.
 - Es indudable que el derecho a la cultura tiene relaciones muy estrechas con el derecho fundamental a la educación (art. 27.5 y 8 CE) y por eso se prevé otra limitación al derecho de propiedad intelectual, es decir una garantía más para el derecho a la cultura,

Capítulo X. El derecho a la cultura

en concreto en el ámbito educativo (art. 32.2 LPI). Con la reforma de 2006, se permite la reproducción, distribución y comunicación pública, sin costes añadidos, de obras ya divulgadas, cuando éstas son utilizadas para la ilustración de actividades educativas y siempre que se incluya el nombre del autor y la fuente. Así, con determinadas condiciones, el legislador considera prevalente el interés educativo hacia el acceso a la cultura respecto a la propiedad intelectual.

- Otra limitación se prevé a favor de museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas y archivos públicos. A estas entidades se garantiza, siempre que se persigan fines de investigación o conservación, el derecho de reproducción de obras sin que los titulares puedan oponerse y sin necesidad tampoco de su autorización para los préstamos. La LLLB, en aplicación de la Directiva 92/100/CEE y en cumplimiento de una sentencia del TJCE²⁰⁵, modifica el artículo 37 LPI y prevé que un Real Decreto determine la cuantía de remuneración de los autores por los préstamos que las estructuras realicen de sus obras y, hasta que este acto no se produzca, habrá de aplicarse la cuantía transitoria de veinte céntimos de euro por cada copia adquirida. Entendiendo el Estado prevalente el interés social relacionado con el acceso a la cultura y a la educación, se excluyen de la obligación de la remuneración los establecimientos públicos en municipios de menos de 5.000 habitantes y los integrados en el sistema educativo español. A pesar de estas razonables exclusiones y de su origen comunitario, esta obligación de remuneración parece chocar con el derecho de acceso a la cultura: como servicios públicos, las bibliotecas y los establecimientos afines, de cualquier tipo, tendrían que obtener una exención del pago de esta cuota, para que la máxima cantidad posible se reutilice para el aumento de los fondos. Si por un lado se denota uno de los ejemplos de máximo impulso al acceso y difusión de la cultura (el préstamo libre y gratuito), por el otro hay una mitigación de este abanico de posibilidades, mitigación causada por la obligación de la remuneración a los autores²⁰⁶.
- La LPI afirma también que la parodia de obras protegidas por el derecho de autor será libre y no necesitará el consentimiento del autor de la obra sobre la cual se hace, con dos condiciones: que

205. STJCE *Comisión contra España*, de 26 de octubre de 2006.

206. UREÑA SALCEDO (2008). *Vid.*, además, la recomendación del Defensor del Pueblo citada *supra*, nota 179.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

no implique ningún riesgo de confusión entre las dos y que no se infiera un daño a la obra original o a su autor²⁰⁷ (art. 39 LPI). Aquí también hay tanto un fomento para la creación de nuevas obras como una ayuda para la difusión de obras objeto de parodia.

- El artículo 41 LPI establece las condiciones para la utilización de obras en dominio público. Éste parece el límite más importante de la propiedad intelectual: tras setenta años de la muerte del autor (art. 26), la obra pasa a dominio público. Quiere decir que cualquier persona podrá utilizar la misma copiándola, imprimiéndola y distribuyéndola libremente, sin tener que pedir la autorización a los derechohabientes ni abonarles nada, con el límite de que se respete la autoría y la integridad de la obra. Visto desde la perspectiva de los bienes materiales, éste parece un límite que afecta en profundidad el derecho de propiedad y, consecuentemente, parece fomentar y proteger el derecho a la cultura. Aún así, pese a estar avalado por la normativa europea (Directiva 2006/116/CE), resulta criticable un plazo tan extenso, esto es, la duración del derecho de propiedad intelectual tras la muerte del autor. Seguramente una política más respetuosa con el acceso a la cultura exigiría un plazo menor²⁰⁸.

7.4. FOMENTO A LA CREACIÓN Y COMUNICACIÓN CULTURAL

Como adelantamos, el fomento a la creación cultural es una garantía objetiva del derecho a la cultura, que implica un paso más sobre las estudiadas hasta ahora: no se trata sólo de conservar los bienes existentes sino también de favorecer la existencia de otros nuevos; cuanto más (y más variados) bienes culturales haya, mayor posibilidades de acceder a la cultura se darán. A partir de aquí, las cuestiones centrales a resolver, mutuamente relacionadas, son las siguientes: teniendo en cuenta que el Estado no debe crear cultura, ¿se encuentra este constitucionalmente obligado a fomentar la creación cultural de los particulares? Y, en caso afirmativo, ¿cuál es la naturaleza de dicha obligación? y ¿qué tipo de creaciones deben ser fomentadas?

La existencia de un deber estatal de fomento de la cultura parece clara, y así lo reconoce unánimemente la doctrina, a la vista de los artículos 44.1 y 46 CE: «Los poderes públicos promoverán [...] el acceso a la cultura», así como «el enriquecimiento del patrimonio [...] cultural y artístico de los pue-

207. Para las características de la parodia y de sus elementos esenciales véase DÍAZ ALABART, 2007, pp. 649 y ss.

208. Sobre la situación en Estados Unidos y su crítica véase LESSIG, 2005, pp. 219 y ss.

Capítulo X. El derecho a la cultura

blos de España y de los bienes que lo integran». Ciertamente, según la literalidad del primer precepto citado no se promueve la cultura sin más sino el acceso a la misma, pero el principio del pluralismo no podría cumplirse plenamente si no se fomentaran las manifestaciones culturales minoritarias; en todo caso, el segundo precepto es algo más explícito: para *enriquecer* el patrimonio hay que fomentarlo desde su mismo origen.

No es, por tanto, la existencia misma de la obligación constitucional de fomento la pregunta más importante, sino si cabe exigir dicho fomento como parte del contenido del derecho subjetivo fundamental, cuestión que ya hemos resuelto negativamente (*supra*, 4.3.3). Precisamente por ello ubicamos el análisis de este tema dentro de las garantías del derecho y no de su contenido. La razón de fondo no es tanto de dificultad de concretar las prestaciones o de intromisión en las decisiones presupuestarias sino de mera demarcación entre derechos: el derecho a crear (con su faceta prestacional, en su caso) es un derecho diferente del derecho a la cultura.

Adelantemos que las obligaciones legales de fomento de la creación cultural pueden considerarse constitucionalmente suficientes. No pueden ser exigidas otras nuevas como parte del derecho a la cultura pero sí pueden ser exigidas las existentes, si así se desprende de la legislación aplicable, como meros derechos subjetivos de rango legal, por los destinatarios de las subvenciones. La exigibilidad de estas subvenciones por estos destinatarios (los creadores, en sentido amplio) sirve como garantía objetiva del derecho a la cultura (de todos).

Antes de analizar, siquiera brevemente, la legislación de fomento a la creación cultural, conviene volver sobre la última pregunta pendiente: desde el punto de vista constitucional, y en concreto desde la perspectiva del derecho a la cultura, ¿qué tipo de creaciones deben ser fomentadas? El constitucionalista norteamericano Owen Fiss propone dos criterios, que compartimos²⁰⁹: el grado relativo de exclusión del grupo que se quiere subvencionar y su necesidad financiera. Desde el punto de vista del principio constitucional del pluralismo (art. 9.2 CE), al que ya nos hemos referido en varias ocasiones (sobre todo, *supra*, 2.2.2 y 3), añadiríamos nosotros, el Estado ha de reequilibrar las diferentes culturas y grupos culturales, sin olvidar que son los minoritarios los que más protección y subvención necesitan por el Estado, no los mayoritarios. Actuando de forma contraria se ayudaría la mayoría a conver-

209. Fiss, 1999, p. 63. La idea, pensada para el contexto norteamericano parece adaptarse muy bien a España y a cualquier país que se tome realmente en serio el principio del pluralismo; *vid.* ESCOBAR ROCA, 2000. De interés, asimismo, PAU y ROCA, 2009, pp. 79-80.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tirse en monopolio, en este caso cultural. Toda la normativa del bloque del artículo 10.2 CE apoya esta interpretación: la Convención de la UNESCO de 2005 se funda precisamente en el apoyo a la diversidad cultural [p. ej., arts. 1.a), 2.7, 6.2 o 7], esto es, en un reequilibrio de las manifestaciones culturales, y la OG 21 camina en idéntica dirección [p. ej., aps. 43 o 52.a), f) y g)]. En consecuencia, una distribución de subvenciones fundada en criterios contrarios a los propuestos (p. ej., que privilegiara las creaciones de los grupos mayoritarios o a quienes ya contaran con medios financieros suficientes) debería reputarse inconstitucional, por vulneradora del principio del pluralismo. Complementariamente, debería tenerse en cuenta el principio de igualdad, mecanismo habitual de control judicial de las subvenciones.

Estos criterios fundados en el pluralismo deben sin embargo ser complementados con otro criterio fundamental y casi obvio: no ha de fomentarse la cultura sólo por ser minoritaria sino también por resultar de calidad²¹⁰. Es aquí donde debe traerse nuevamente a colación la concepción de la cultura del constituyente, y en concreto la parte de la «alta cultura» que se desprende de la tesis universalista: la cultura a fomentar no es cualquier cultura sino la que entronque, de un modo u otro, con los parámetros estéticos dominantes en nuestro ámbito cultural. Como su determinación es siempre discutible, resulta importante que la Administración no decida aquí autónomamente, sino con la colaboración de expertos independientes.

Como decíamos, la legislación cultural española recoge, en todos los ámbitos relevantes, obligaciones administrativas de fomento de la creación. Veamos seguidamente las normas más significativas, que analizaremos desde la perspectiva de la garantía objetiva del derecho a la cultura:

- a) En el marco de la lectura, la LLLB prevé, más que obligaciones de fomento a la creación, obligaciones de fomento a la lectura, que sirven, aunque más indirectamente, al mismo fin. La explicación es obvia: el coste de editar un libro es normalmente pequeño (nulo si se realiza sólo en edición digital²¹¹), y se encuentra al alcance de casi todos. Por lo que aquí interesa, cabe citar la obligación del Ministerio de Cultura de desarrollar, con la participación y colaboración de las Comunidades Autónomas, campañas promocionales de los autores

210. Esta obvia exigencia de calidad no es sólo predicable de la actividad de fomento, también lo es de la actividad de protección de los bienes culturales. P. ej., el art. 1.2 LPHE habla de interés y de valor (culturales), es decir, parte del presupuesto de que no todo tiene el mismo interés o valor.

211. Es libro, también legalmente (art. 2 LLLB), aunque no exista edición en papel. De interés, BOIX PALOP, 2008, esp. pp. 56 y ss.

Capítulo X. El derecho a la cultura

que se expresen en castellano o en las demás lenguas oficiales²¹². Se dará, además, una importancia particular al reconocimiento de la labor creadora *tout court* de los autores y la de quienes han conseguido, mediante sus traducciones, el acceso a obras originalmente escritas en otras lenguas, sin olvidar el respeto de sus derechos de propiedad intelectual. La Administración General del Estado está además obligada (la fórmula «mantendrá» es evidentemente imperativa) a establecer un sistema de premios «a favor de los autores de los principales ámbitos de la actividad literaria, cultural, científica y técnica» (art. 5.2), sin perjuicio de otras medidas de apoyo. Con una dimensión exterior, se demanda al Ministerio de Cultura la promoción de la «la proyección internacional de las lenguas españolas» (art. 6.1). También la industria editorial y el comercio de libros gozan de programas de apoyo para «garantizar la pluralidad y diversidad cultural y facilitar el acceso a la lectura en consideración a los valores culturales que el libro representa y a su importancia industrial y económica» (art. 7.1). Por último y como norma de cierre, se establece la obligación para la Administraciones estatal y autonómicas de contribuir a la expansión internacional de la industria del libro español, fomentando su participación en ferias nacionales e internacionales relacionadas con el libro y apoyando empresas españolas del sector del libro en ferias en el extranjero.

En consecuencia, según la Ley, hay (determinados) autores o libros que deben promocionarse, premiarse, proyectarse (en el exterior) o apoyarse. Se trata de obligaciones administrativas que, pese a su carácter genérico, están formuladas en términos imperativos, y que por tanto resultan exigibles; de no entenderlo así, habríamos de concluir que el Parlamento hace leyes cosméticas, y a esa conclusión no debe llegar el jurista, salvo casos evidentes. Dada la falta de concreción legal, el reglamento nos dará las claves del futuro fomento de la creación; si no se dicta, habrá inactividad reglamentaria ilegal, sancionable en vía judicial.

La mayor concreción de los autores o libros subvencionables la encontramos en el artículo 7.1: «programas de apoyo a la industria y al comercio del libro para garantizar la pluralidad y diversidad cultural y facilitar el acceso a la lectura en consideración a los valores culturales que el libro representa y a su importancia industrial y económica». Lo primero viene a coincidir con nuestra propuesta; en

212. BAÑO LEÓN, 2008, pp. 95 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cuanto a lo segundo, en parte, parece remitir a una cierta idea de excelencia artística, que consideramos razonable. Las subvenciones directas a la edición, que son las que mayor relación guardan con la garantía que aquí estudiamos, varían en cada convocatoria. Tomando como ejemplo alguna de las más recientes (p. ej., Resolución de 4 de marzo de 2009, de la Dirección General del Libro), se apoya la edición de obras de referencia y consulta (enciclopedias, diccionarios, historias, bibliografías) de cualquiera de las siguientes materias: ciencias sociales, filosofía y teología, ciencias puras y aplicadas, literatura y lingüística, historia, arte y geografía; de obras literarias de autores preferentemente españoles, iberoamericanos y clásicos; de obras de Humanidades: Historia, bellas artes, geografía, filosofía, pensamiento y etnografía y de obras de literatura infantil y juvenil, de autores preferentemente españoles, estableciendo como principal criterio de valoración para la concesión de subvenciones «el interés cultural de la obra cuya edición se propone, teniendo atención preferente los proyectos relacionados con los aniversarios de autores y obras que se conmemoren en 2009 y 2010; las características técnicas (encuadernación, formato, ilustración, etc.) y la relación costes/precio». Estos criterios resultan constitucionalmente impecables. Al final, la clave consistirá en determinar cuándo una obra tiene más «interés cultural» que otra, es decir, el criterio de excelencia, y para ello se constituye una Comisión formada por representantes de la Administración y expertos ajenos a ella.

- b) El fomento a la creación cultural socialmente más polémico y de mayor entidad económica se produce en el ámbito de la cinematografía. El fomento se realiza aquí básicamente en tres grandes direcciones:
- Los artículos 22 a 27 LC regulan de forma bastante minuciosa (compárense sino con los ya citados de la LLLB) las ayudas a la creación, desarrollo y producción de las obras audiovisuales. El artículo 22 prevé ayudas de carácter imperativo («se fomentará la creación») para la creación de guiones, teniendo en cuenta «la calidad y originalidad de los proyectos presentados, la viabilidad cinematográfica y, en su caso, el historial profesional de los guionistas». Asimismo, la Ley permite (en este caso no obliga) conceder ayudas a los denominados productores independientes para desarrollar proyectos de largometrajes, así como a proyectos culturales y de formación no reglada, pertenecientes al campo más bien teórico o de la edición y a «programas específicos de formación

no reglada para profesionales, incluyendo personal creativo y técnico, o públicos».

En relación con la producción en sentido estricto, el rodaje de la película, se toman en cuenta esencialmente tres criterios generales: el empleo de una de las lenguas oficiales españolas, el uso del territorio español de manera preponderante en los rodajes y la realización de la posproducción, o de la producción para películas de animación, de forma mayoritaria en territorio español. Sentado esto, se establecen tres tipos de ayudas a la producción cinematográfica: para proyectos de largometrajes, para amortización de largometrajes y para proyectos de cortometrajes. Las más interesantes son las primeras, las cuales «se podrán conceder» (nótese la fórmula habilitadora, no imperativa) a productores independientes [definidos en el art. 4.n) de la Ley] para proyectos «que posean un especial valor cinematográfico, cultural o social, sean de carácter documental o experimental, o incorporen nuevos realizadores», tomando en consideración, además de las obvias cautelas económicas (presupuesto, viabilidad, solvencia), sobre todo, «la calidad y el valor artístico del proyecto», valorándose también «que el proyecto aplique medidas de igualdad de género en las actividades creativas de dirección y guión». Una vez más, el diseño parece constitucionalmente impecable²¹³: aunque no se impone taxativamente, las obras a fomentar tienen en cuenta, indirectamente, el valor de la diversidad y los criterios de excelencia son valorados por una comisión integrada, presumiblemente, por expertos independientes; después volveremos sobre el tema.

- En las demás ayudas predomina la fórmula potencial «se podrá», en vez de la imperativa «se fomentará». Teniendo en cuenta esta

213. CAMBA CONSTENLA (2002, p. 390) viene a afirmar la inconstitucionalidad de las ayudas a proyectos, en términos que conviene reproducir: «los incentivos selectivos se constituyen como auténticas subvenciones de resultado cuya determinación queda en manos de la Administración competente, lo que a todas luces es incompatible con las exigencias generales del artículo 9.2 CE y, de modo más concreto, con su artículo 20.2, que proscribire toda forma de censura previa. Desde esta perspectiva, una intervención administrativa de fomento de determinadas actividades artísticas condicionada a la presentación de proyectos, o de las obras propiamente dichas, que la Administración fiscalizará –pudiendo, si es su capricho, discriminar sutilmente en función del contenido u orientación ideológica–, no parece compatible con el libre e igual ejercicio de las libertades de expresión». La crítica es a nuestro juicio exagerada; no puede hablarse aquí estrictamente de censura y el riesgo de politización puede combatirse con comités independientes y en su caso ser controlado en vía judicial.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

importante advertencia y comenzando por la distribución, la Ley sigue haciendo mención a distribuidores independientes [definidos en el art. 4.ñ)], a los cuales se podrán conceder ayudas «para la realización de planes de promoción y distribución en España de películas de largo y corto metraje, comunitarias e iberoamericanas, a fin de estimular su distribución, principalmente en versión original, en salas de exhibición, con especial atención a la calidad de las películas, a la incorporación de nuevas tecnologías de la comunicación y a las facilidades de acceso a las películas para las personas con discapacidad» (art. 28.1). Más interesante aparece el fomento de la exhibición (art. 29): aquí se establecen medidas de apoyo para exhibidores independientes [definidos en el art. 4.o)], cuyo objetivo último es favorecer el acceso de los espectadores a la diversidad de la producción cinematográfica. Este objetivo se concreta en la inclusión en la programación anual de cada sala de largometrajes comunitarios e iberoamericanos, en proporción superior al 40 %, con preferencia hacia aquellas que los ofrezcan en versión original, así como un número mínimo de cortometrajes con las mismas características. Otras ayudas a salas de proyección se refieren a la modernización tecnológica del sector, a la adaptación de las salas de exhibición para el acceso de personas con discapacidad y a la permanencia y estabilidad de las salas radicadas en pequeños núcleos urbanos o rurales y al mantenimiento de una oferta cultural estable y próxima en dicho ámbito. En relación con la promoción del cine español, la ley fija ayudas en relación tanto con «la organización y desarrollo de festivales o certámenes cinematográficos que se celebren en España o que dediquen especial atención a la programación y difusión del cine comunitario, iberoamericano, películas de animación, documentales y cortometrajes» (art. 32 LC) como con la participación en festivales de empresas productoras de las películas seleccionadas por los mismos con el fin de contribuir a la difusión de los valores culturales y artísticos de la cinematografía española. Nuevamente, la valoración constitucional de los criterios legales de fomento no puede ser sino positiva.

El Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la LC, además de establecer el procedimiento concreto de concesión de las ayudas, crea el Comité de ayudas a la producción cinematográfica, cuyo ámbito de decisión se limita a las solicitudes de ayudas de los artículos 22.2, 25 y 27 LC, y regula el Insti-

tuto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (*supra*, 1.4.1), a quien se le encomiendan la mayor parte de las competencias de fomento²¹⁴. Finalmente, la Orden CUL/2834/2009, de 19 de octubre (modificada en 2010 y 2011), establece las bases reguladoras de las ayudas estatales, y ello en términos que también juzgamos constitucionalmente correctos. Los criterios de valoración para la concesión de subvenciones a futuras películas, contenidos básicamente en los artículos 28, 41 y 53.1 (el más importante es la calidad, originalidad y valor artístico), nos parecen adecuados²¹⁵, aunque hubiera sido preferible, para evitar la recurrente acusación de politización, que los comités de valoración de los proyectos fueran nombrados de forma menos jerarquizada²¹⁶.

- Cuotas de pantalla y obligaciones de inversión en cine europeo. Los exhibidores de cine (art. 18 LC) y las televisiones públicas y privadas [art. 5.2 de la Ley 7/2010, para todas, y art. 9.1.f) Ley 8/2009, para las de titularidad estatal] tienen obligación de programar diversos porcentajes de obras europeas y los operadores de telecomunicaciones y las televisiones, también públicas y privadas [art. 5.3 de la Ley 7/2010, para todas, y art. 9.1.g) de la Ley 8/2009, para las de titularidad estatal], de dedicar parte de su presupuesto a invertir en cine europeo. Este tipo de obligaciones, avaladas ya por el TJCE²¹⁷ y que quizás sean examinadas por el Tribunal Constitucional²¹⁸, plantean dos problemas: la selección indiscrimi-

214. Véase el art. 10 LC, donde se califican las actividades del Instituto con expresiones como, p. ej., «establecerá medidas de fomento» o «fomentará y favorecerá».

215. Esta Orden, que fue precedida de amplias consultas con las organizaciones representativas del sector, ha resultado muy polémica, no tanto por las medidas de acción positiva que introduce (puntajes y preferencias a los proyectos presentados por mujeres, que parecen justificados a la luz de la LO 3/2007, *supra*, 5.1.3) como por las críticas públicas de un nutrido grupo de profesionales (autodenominado Cineastas contra la Orden), que llegó a presentar denuncia ante la Comisión Europea (finalmente desestimada) e incluso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue inadmitido (discutiblemente) por falta de legitimación (SAN de 16 de mayo de 2011 [JUR 2011, 195332]). En síntesis, el argumento crítico de fondo (creemos que endeble desde el punto de vista jurídico) es la desproporción de las ayudas, que privilegian a las grandes y pequeñas producciones, en detrimento de las medianas, y por tanto, acaban dañando la diversidad cultural (sic): <http://cineastascontraorden.blogaliza.org/manifiesto/>.

216. Según el art. 104.3 de la Orden (reformada por la Orden CVL/1772/2011), el Director general del ICAA nombra a todos los miembros de los llamados comités asesores, eso sí, tras recabar las propuestas de los sectores implicados, obviamente no vinculantes.

217. STJCE de 5 de marzo de 2009 (C-222-07).

218. El ATS de 9 de diciembre de 2009 planteó cuestión de inconstitucionalidad contra

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nada de cine «europeo» (frente al cine de otros continentes y especialmente frente al cine estadounidense) y la intervención (clara al menos en el caso de las empresas privadas) sobre la libertad de empresa. En cuanto a lo primero, la finalidad de la norma, procedente del Derecho comunitario, engarza en principio con objetivos de rango formal y materialmente constitucional: respectivamente, por un lado, la «modernización y desarrollo» de la economía española (art. 130.1 CE), ahora europea, y sobre todo, por lo que aquí interesa, el acceso a la cultura, interpretado a la luz del pluralismo²¹⁹ (art. 44.1 CE) y, por otro, el deber de la Unión Europea de contribuir al «florecimiento de las culturas de los Estados miembros» (art. 167.1 TFUE) y, nuevamente, el respeto a la diversidad cultural (art. 22 CDF). Si esto es así, la intervención sobre la libertad de empresa parece justificada²²⁰, precisamente, entre otras cosas, por la obligación de los poderes públicos de fomento de la cultura (plural).

- c) En general, para las demás subvenciones, rige la Orden CUL/2912/2010, que establece los criterios generales para su concesión, aplicables, por ejemplo, a falta de legislación específica, a las medidas de fomento del teatro, la música, la lírica y la danza, que son competencia del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y Musicales (RD

el artículo 5.1 de la hoy derogada Ley 25/1994, por lo que no son descartables nuevas cuestiones contra el precepto paralelo de la Ley 7/2010.

219. La adecuación de las cuotas y obligaciones de inversión en cine europeo al objetivo del pluralismo suele darse por hecho y rara vez se demuestra fácticamente. Esta demostración no resulta nada fácil y quizás no sea necesaria, por la obviedad del aserto: si la cultura varía según cada contexto nacional, algo más de pluralismo se logrará si llegan a las pantallas más películas de más países. Habría que partir de que los productos cinematográficos estadounidenses que llegan a Europa tienen una cierta homogeneidad y que por tanto parece ser cierto el aserto anterior: a más cine europeo y menos cine estadounidense, mayor pluralismo cultural. En definitiva, de lo que se trata es de intervenir en el mercado para aumentar la presencia del cine europeo frente al estadounidense, lo que redundará en un mayor pluralismo cultural. *Vid.* PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 87 y, sobre todo, ESPINA, 1994.
220. Tiene fundamento constitucional, previsión legal, y respeta el principio de proporcionalidad, en sus elementos de adecuación (ver nota anterior), necesidad y ponderación. En contra, GÓMEZ-FERRER MORANT, quien en un muy bien argumentado trabajo, viene a sostener (1996, esp. pp. 824-825) que el límite aducido, que correctamente sitúa, en primer lugar, en «el interés general de protección de la cultura» no es adecuado, pues «la cuota de pantalla se cubre mediante la simple proyección de películas comunitarias, siendo necesario sólo el requisito de la nacionalidad y siendo indiferente, por el contrario, el valor cultural de la película». Aquí está sin duda el quid de la cuestión, que ya hemos resuelto, reconocemos que sin mucha seguridad, en la nota anterior.

Capítulo X. El derecho a la cultura

2491/1996). Debe lamentarse el rango de esta normativa (sin duda, hubiera sido preferible su plasmación en una ley) y, sobre todo, la excesiva generalidad de los criterios que establece, que inevitablemente deberán ser concretados en resoluciones posteriores. Veamos: los criterios de concesión de la Orden son únicamente «la calidad técnica del proyecto presentado o de la actividad realizada, la experiencia, trayectoria desempeñada o especialización, la innovación artística, las condiciones de viabilidad económica, la incidencia social, así como las actuaciones ya iniciadas» (art. 3.3). Por su parte, las Resoluciones de convocatoria (p. ej., Resolución de 18 de junio de 2009, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, y otras similares) los concretan como sigue: carácter nacional de la actividad o proyecto, es decir, que procure la máxima cobertura de todo el territorio nacional o que sea representativo del patrimonio cultural español en su conjunto; proyección internacional, o grado de difusión y repercusión que pueda tener en el exterior, favoreciendo el conocimiento del patrimonio cultural español más allá de nuestras fronteras; calidad artística y técnica del proyecto, y que ésta guarde una adecuada proporción con el coste del mismo; contribución a la recuperación, preservación y difusión del patrimonio coreográfico, lírico y musical español; rentabilidad social generada por el proyecto o actividad, con especial atención a su posible impacto positivo en grupos desfavorecidos y su contribución a la captación de nuevos públicos; carácter innovador del proyecto; y empleo de las nuevas tecnologías de la información como mecanismo de difusión, publicidad, comercialización y grabación de las giras, festivales y representaciones. Por otro lado, se atenderá a las nuevas creaciones y a la originalidad y calidad de las adaptaciones de obras ya existentes; estabilidad, trayectoria y solvencia de los solicitantes, la consistencia e interés cultural de sus proyectos, así como su coherencia con el presupuesto presentado. Pues bien, nada que objetar a tales criterios, impecables desde el punto de vista constitucional.

- d) Una nueva forma, cada vez más extendida, de fomento a la comunicación cultural, es la digitalización, pública o privada, de contenidos y la puesta a disposición de los mismos en Internet: la red se convierte hoy en uno de los principales instrumentos, si no el primero, para ampliar la difusión de los bienes culturales, lo que hace previamente necesario, claro está, la universalización y asequibilidad del acceso a la red misma. Aunque ya la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, siguiendo en esto a la anterior, conectó servicio pú-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

blico de telecomunicaciones (pensando sobre todo en Internet) y acceso a la cultura [art. 25.2.b)], la legislación posterior, específica sobre «servicios de la sociedad de la información» no ha avanzado nada en materia de cultura²²¹. Como obligación legal, sólo contamos de momento con el artículo 14.4 LLLB, que establece una genérica obligación administrativa de digitalización de bibliotecas; el resto de la actuación administrativa en este campo parece entonces moverse en el plano de lo discrecional²²². Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la digitalización de los bienes culturales entra en conflicto, nuevamente, con la propiedad intelectual. El tema está pendiente de resolución a nivel internacional, por lo que es prematuro avanzar criterios de ponderación²²³.

7.5. CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Las Administraciones públicas pueden vulnerar el derecho a la cultura, por acción (ataques contra bienes culturales o impedimentos no justificados de acceso a los bienes o servicios culturales, OG 21, ap. 62) y, más frecuente y naturalmente, por omisión (OG 21, aps. 63-65), absoluta o relativa, tanto de las prestaciones constitucional o legalmente exigidas, como de las garantías directa o indirectamente conectadas con el derecho, siendo tales vulneraciones susceptibles de control, en principio, por la justicia contencioso-administrativa, y ello sin que sea preciso que lo recuerde el apartado 72 de la OG 21, pues se desprende por sí solo del artículo 44.1 CE y de la LJCA.

Los casos típicos de omisión de prestación en situaciones de elección entre diversas alternativas (p. ej., la negativa a declarar un bien de interés cultural o a conceder una determinada subvención) encajan bien en la categoría de la discrecionalidad técnica²²⁴, lo que no debe impedir su control judicial.

221. En un trabajo interesante sobre la materia (CREMADES, 2000), se critican los escasos avances de la comunicación de la cultura en Internet, pero no se dice nada sobre las responsabilidades públicas correspondientes, lo cual es revelador, creemos nosotros (teniendo en cuenta que el trabajo lo escribe un jurista), de las dificultades dogmáticas para su concreción.
222. Los avances son sin embargo, ya significativos: *vid.*, p. ej., <http://www.mcu.es/MC/culturaEnRed/principal.html> o <http://bdh.bne.es/bnearch/>.
223. El Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados, ya citada, únicamente alude (ap. 19, p. 20) a las denominadas obras huérfanas, remitiendo la regulación del tema a la normativa de la UE.
224. P. ej., para el primer caso (y lo dicho es aplicable, *mutatis mutandis*, al segundo), *vid.* ALEGRE ÁVILA, 1991, pp. 1604 y ss. El autor se refiere al supuesto de declaración de un bien como de interés cultural (está pensando en el propietario del bien conforme con tal declaración) pero su razonamiento es igualmente aplicable al supuesto contrario, de no declaración. En general, sobre la discrecionalidad técnica en este ámbito, VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 230 o GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 222.

Capítulo X. El derecho a la cultura

En la práctica, los supuestos de vulneración directa del derecho de un individuo concreto serán escasos; en estas situaciones, el acceso a la justicia no ofrece problemas especiales. Lo más habitual será la vulneración colectiva del derecho (p. ej., la falta de protección de un bien cultural o la falta de equipamiento cultural en una población o la insuficiencia de dicho equipamiento), en cuyo caso pueden plantearse dudas de legitimación. Ahora bien, en algún caso, sin duda trascendental, la legislación prevé la acción popular (art. 8.2 LPHE) y creemos que esta solución resulta predicable con carácter general, desde una interpretación del artículo 19.1 [apartados a) y b)] LJCA conforme al artículo 43.1 CE.

Dejando de lado lo relativo a la propiedad intelectual, la jurisprudencia sobre la materia es, sin embargo, prácticamente inexistente²²⁵. Ello se debe, ante todo, a tres factores: la naturaleza muchas veces difusa de los intereses en juego (a los tribunales se acude sobre todo para defender intereses particulares), la escasa conciencia social (y seguramente también judicial) de que la cultura es un derecho justiciable y el aceptable nivel en España de cumplimiento del derecho. Sea como fuere, los problemas son menores, y la lentitud y carestía de la justicia hacen desaconsejable en la práctica el acudir a los tribunales para solventarlos²²⁶, aunque no vendría mal en este ámbito un mayor uso del litigio estratégico, experiencia tan poco frecuente en nuestro país. La vía de protección judicial permanece, no obstante, abierta para el futuro.

7.6. GARANTÍAS INTERNACIONALES

A lo largo de este capítulo hemos visto, por vía sobre todo del artículo 10.2 CE, las interrelaciones, de mutuo reforzamiento, entre la normativa nacional e internacional²²⁷ referente a la cultura²²⁸.

Una vez agotadas las vías previstas en el Derecho nacional, los ciudada-

225. En contadas ocasiones (p. ej., en relación con la LPHE) el derecho a la cultura es utilizado como elemento interpretativo secundario, a veces incluso con alguna trascendencia para el fallo. No encontramos sin embargo ninguna sentencia digna de mención. En línea similar a la ya citada STC 11/2006, el ATC 79/1999 señala que un recluso no tiene derecho a acceder a determinadas publicaciones, pues el derecho a recibir información veraz no es un derecho de prestación. No sabemos si el Tribunal Constitucional hubiera dicho lo mismo en relación con la cultura, derecho sobre el que no pudo pronunciarse, al estar fuera de los susceptibles de amparo.

226. Ésta y otras razones aconsejan potenciar las garantías no judiciales; de interés, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 229-230.

227. De interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 63 y ss.

228. Para un planteamiento más general, por todos, HÁBERLE, 1998, pp. 37-38.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nos pueden acudir, en determinados (y más bien excepcionales) casos, a organismos internacionales para defender su derecho subjetivo a la cultura:

- a) En el marco de las Naciones Unidas, la persona afectada puede presentar quejas ante algunos Comités, para denunciar, por ejemplo, la vulneración de los artículos 13.c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o 5 e, vi) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. No parece posible la presentación de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos, a la vista de la dicción del artículo 27 PIDCP, que determina un contenido del derecho sensiblemente distinto al que hemos defendido aquí.
- b) A nivel del Consejo de Europa, sería muy interesante la ratificación del Protocolo a la CSE, a fin de que las organizaciones no gubernamentales pudieran presentar quejas colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, en este caso por vulneración de los artículos 15.3, 22.c), 23.a) y 30.a) CSE. En cuanto al TEDH, no cuenta con jurisprudencia significativa, ni siquiera por conexión²²⁹, pues el derecho a la cultura no figura en el CEDH.
- c) En el ámbito de la Unión, las posibilidades, ya de por sí reducidas, de acceso de los ciudadanos al TJUE, se limitan más aún, teniendo en cuenta que el artículo 22 CDF, pese a tener ya rango de tratado, no reconoce un derecho autónomo sino un mero mandato de respeto a la diversidad cultural, de difícil exigibilidad²³⁰.

Como hemos visto en el análisis de las garantías nacionales, también en el ámbito internacional parecen más interesantes las garantías objetivas, entre las que destaca la obligación del Estado de presentar periódicamente informes sobre el derecho a la cultura ante varios organismos internacionales, como el Comité Europeo de Derechos Sociales (en cuanto a la desatención a las necesidades culturales de determinados colectivos, *supra*, 5.1.3) y el Comité DESC [en cuanto a la vulneración del art. 15.1.a)]. El uso de estos procedimientos como garantía del derecho a la cultura resulta, sin embargo, hoy poco útil, puesto que las respuestas de estos organismos son bastante sucintas y la opinión pública española no ha mostrado gran interés en las mismas.

La organización internacional más importante en materia de cultura es

229. Las SSTEDH citadas *supra* en 1.3.1 se refieren más bien a la libertad de creación cultural, que hemos dejado fuera del contenido del derecho a la cultura.

230. De interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, p. 259.

sin duda la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Entre sus obligaciones (con las matizaciones obvias al concepto de obligación que deben hacerse en Derecho internacional) figuran: fomentar el «conocimiento y la comprensión mutuos de las naciones prestando su concurso a los órganos de información para las masas», para lo cual la UNESCO «recomendará los acuerdos internacionales que estime convenientes para facilitar la libre circulación de las ideas por medio de la palabra y de la imagen»; impulsar con vigor (sic), la «difusión de la cultura, colaborando con los Estados Miembros que así lo deseen»; y ayudar a «la conservación, al progreso y a la difusión de saber», «velando por la conservación y la protección del patrimonio universal de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico, y recomendando a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin; alentando la cooperación entre las naciones en todas las ramas de la actividad intelectual y el intercambio internacional de representantes de la educación, de la ciencia y de la cultura, así como de publicaciones, obras de arte, material de laboratorio y cualquier documentación útil al respecto; facilitando, mediante métodos adecuados de cooperación internacional, el acceso de todos los pueblos a lo que cada uno de ellos publique» (art. II.1 del Convenio de Constitución de 16 de noviembre de 1945, versión consolidada publicada en el BOE de 16 de diciembre de 1994). Existe en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación una Comisión Nacional de Cooperación con la UNESCO (RD 173/2004).

Como se advierte, la UNESCO puede prestar una ayuda (difícilmente exigible por vías jurídicas) inestimable para la protección del derecho a la cultura, especialmente en ámbitos tales como la conservación del patrimonio cultural²³¹ o la implementación de la Convención sobre diversidad cultural. Baste, para comprobarlo, una visita al apartado «Cultura» de su portal institucional²³², donde se da cuenta del programa y presupuesto actual (2010-2011) y se detallan sus diversas actuaciones en materia de temas tales como la diversidad cultural, el patrimonio mundial, el patrimonio inmaterial, el patrimonio subacuático, el patrimonio mueble y los museos, la creatividad, el diálogo, la acción normativa o las situaciones de emergencia.

231. Por todos, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 197 y ss., así como, para una perspectiva más amplia, la obra coordinada por FERNÁNDEZ LIESA, 2009. Normalmente, la UNESCO trabaja con el apoyo de organizaciones no gubernamentales (como el *World Monuments Fund* o el *International Council of Monuments and Sites*), que en diversas ocasiones han llamado la atención, también en España, sobre monumentos en peligro, normalmente a causa del desarrollo urbanístico.

232. <http://portal.unesco.org/culture/es>.