

LA CULTURA EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Dr. Luis A. Anguita Villanueva

Profesor de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El concepto de cultura/s. III.- Las manifestaciones culturales como objeto del Derecho. IV.- Antecedentes de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. IV.1.- La regulación de la cultura en otros textos de derechos fundamentales. IV.2.- La cultura en los Tratados de las Comunidades Europeas. IV.3.- La cultura y las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea. V.- La cultura y la Carta. VI.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

Acercarnos a la regulación jurídica de un fenómeno social que engloba el mismo ámbito que intentamos definir presenta muchos obstáculos. Que duda cabe que la cultura, como elemento diferenciador de la especie humana, es una expresión social de la cual deriva el propio Derecho. El Derecho, entendido como ese conjunto de normas que rigen una sociedad determinada en un momento histórico determinado, no es más que una manifestación cultural del conjunto humano que se lo irroga. Por tanto, la aproximación del Derecho a la cultura, al igual de lo que ocurre con otros campos, sólo es posible desde un punto de vista minimalista. La cultura no puede ser objeto del Derecho, lo pueden ser los elementos que la representan o, mejor dicho, que nosotros decimos que la representan, ya que su calificación como “elementos o bienes culturales” va a depender de un concepto histórico-subjetivo, y no de realidades empíricas demostrables.

Fruto de tal imposibilidad nos encontramos con que una de las características predicables del Derecho también quiebra al tratar de estudiar la cultura. El Derecho se nos presenta como una ciencia basada en la seguridad. Seguridad, que es uno de los pilares fundamentales que los ordenamientos jurídicos contemporáneos se han encargado de

enarbolar como insignia de la justicia: sin seguridad jurídica no hay justicia. Sin embargo, como en toda regla o principio existe una excepción o excepciones. Hay determinados aspectos y conceptos que el Derecho pretende abarcar pero con una abstracción tan amplia, que la intención de poner coto a los mismos se presenta como inviable. Esta abstracción conceptual presenta como paradigma el término “cultura”. Aquel en el que su posible regulación por las fuentes del Derecho aparece inerme, ya que, ¿cómo se va a proteger lo que ni siquiera sabemos definir?, ¿cómo podemos conseguir que lo seguro delimite lo inseguro? Y, más aún, la cultura no sólo presenta una delimitación difusa en su contenido sino que es a la vez voluble: la cultura nace cada día, se modifica cada día y se destruye cada día.

La cultura la conocemos a través de sus manifestaciones, de sus exteriorizaciones, de sus revelaciones. Y es en ellas donde entra el mundo del Derecho. Por ello, intentar definir la cultura carece de sentido desde un punto de vista jurídico. La cultura no es definible en conjunto, sólo los elementos que contienen manifestaciones de la misma son aprehensibles y ahí es donde surge la posibilidad de regulación por parte de los ordenamientos jurídicos: como elemento de protección y fomento de unos vestigios que son la muestra de la identidad de cada pueblo. Pero el problema de volubilidad no termina ahí, ya que dichos elementos, manifestaciones de cultura, en una gran parte de los casos son intangibles, no tienen una masa corporal sobre la cual determinar su contenido. No pueden tocarse, como dice el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, pero si son objeto del conocimiento humano.

De toda esta complejidad hay que partir para entender el somero, por no decir inexistente como luego veremos, enfoque que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hace de la cultura. Cultura que, como ya hemos señalado, no puede ser objeto de positivación, o, mejor dicho, objeto del Derecho. Lo que se pretende decir con las expresiones, cada día más de moda, de Derecho cultural o Derecho de la cultura, Constitución cultural, no son sino la referencia a la regulación que da el Derecho a la materialización de la cultura: lenguas, pinturas, esculturas, bienes arqueológicos, monumentos, obras musicales, literarias, científicas, cinematográficas, etnográficas... Y ese creo que es el punto de partida de todo acercamiento a la regulación jurídica de la cultura.

La cultura la entiende el Derecho como la concreción en el mundo físico de la misma. Sólo en cuanto algo es imagen de la cultura es protegible por los ordenamientos jurídicos.

El objetivo de este trabajo no es otro sino el de tratar de estudiar los antecedentes “constitucionales” de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en materia de cultura y poder determinar si en ella encontramos un marco jurídico suficiente como para concluir si existe o no una Constitución cultural¹ europea. Es decir, si nuestra primera piedra de la futura Constitución de la Unión Europea presenta los elementos necesarios para decir que en ella aparece reflejado el derecho a la cultura como derecho de la denominada “tercera generación” o, sin embargo, ya este primer y fundamental texto jurídico aparece desprovisto de características que hoy consideramos indispensables en cualquier Constitución actual.

II.- EL CONCEPTO DE CULTURA/S

Aún así, la falta de una definición global en el mundo jurídico no va a obviar los esfuerzos realizados por otras ciencias sociales tendentes a concretar el valor o la definición del término cultura. Estas definiciones sí nos van a servir para aproximarnos a la complejidad mantenida anteriormente de una delimitación conceptual del término y, principalmente, para poder extrapolar dicho concepto a determinados aspectos que si le son aplicables al Derecho.

Creo que un buen inicio en este farragoso tema es partir de las definiciones de cultura que obtenemos de nuestros dos diccionarios de referencia de la lengua española. El

¹ El concepto de Constitución cultural aparece, principalmente, en torno a la interpretación del artículo 9 de la Constitución Italiana que más adelante veremos. Este artículo que se incorpora a una Constitución de postguerra y en un país donde la cultura y, más aún, los elementos que la representan son una de sus señas de identidad, atrajo a la doctrina al empleo de esta terminología y ha sido adoptada por la práctica totalidad de autores que estudiamos el fenómeno cultural en el mundo del Derecho (ver PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, págs. 166 y ss; G. ROLLA, “Bienes culturales y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales n°2. Enero-Abril 1989*. Pág. 163-165 (traducción realizada por Emilio Calderón Martín).

Evidentemente, la preocupación jurídica por la cultura en el país italiano es muy anterior a la mencionada Carta Magna. De hecho, encontramos normas protectoras del patrimonio cultural desde una etapa previa incluso a su constitución como Estado: las Bulas de Pío II de 1462, de Sixto IV de 1474... (ver M.SPERONI, *La tutela dei beni culturali negli Stati italiani preunitari, I. L'età delle riforme*, Giuffrè, Milano, 1988, págs 13 y ss.)

Diccionario de la Lengua Española realizado por la Real Academia Española precisa que, entre sus acepciones, cultura es el “Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico” (2ª acepción); y el “Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social, etc.” (3ª acepción)². Por otro lado, el *Diccionario de María Moliner* la define como: “Conjunto de conocimientos, grado de desarrollo científico e industrial, estado social, ideas, arte, etc., de un país o una época”; y en su acepción de civilización como “Conjunto de la actividad espiritual de la humanidad.”

De estas definiciones podemos extraer que si algo caracteriza la cultura es que ésta se define como un “conjunto”, una suma de actividades y circunstancias que componen un todo. Para el mundo del Derecho que nos ocupa se pueden extraer dos importantes reflexiones de tales definiciones básicas en nuestra lengua. La primera, se recoge en la 2ª acepción del Diccionario de la RAE y se basa en una idea antropológica de la cultura. Ésta, es una circunstancia subjetiva del ser humano que le permite alcanzar la libertad. Desarrollar el juicio crítico no es más ni menos que poder optar a la libertad. En este sentido, la cultura es el camino para descubrir la libertad. Y de tal concepto si tenemos

² Y también es importante a mi juicio el concepto que da de cultura popular: “Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.”

Creo imprescindible hacer referencia a una serie de definiciones del término cultura que han ido incorporando los antropólogos a nuestra herencia social que, provenientes del siglo XIX hasta finales del siglo pasado, aparecen recogidas en el estudio y compilación de textos realizados por otro antropólogo, J.S. KHAN en *El concepto de cultura: textos fundamentales*, editorial Anagrama, Barcelona 1975.

GOODENOUGH,..., define la cultura como aquellas cosas que debemos “conocer” o “creer” “para poder operar de una manera que sea aceptable” para los miembros de la sociedad estudiada.

BOAS “La cultura incluye todas las manifestaciones de los hábitos sociales de una comunidad, las reacciones del individuo en la medida en que se ven afectadas por las costumbres del grupo en que vive, y los productos de las actividades humanas en la medida en que se ven determinadas por dichas costumbres”.

BENEDICT “La cultura es el producto especial y exclusivo del hombre, y es la cualidad que lo distingue en el cosmos. La cultura ... es a la vez la totalidad de los productos del hombre social y una fuerza enorme que afecta a todos los seres humanos, social e individualmente”

HYMES como aquello que necesitamos saber o creer en una determinada sociedad <<de manera que que podamos proceder de una forma que sea aceptable para los miembros de dicha sociedad>>.

MALINOWSKI como elemento que satisface nuestras necesidades.

TYLOR, en 1831, “Cultura ... es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y, cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”

LEACH, “El término cultura hace hincapié en el componente de los recursos acumulados, materiales así como inmateriales, que las personas heredan, utilizan, transforman, aumentan y transmiten”.

claros ejemplos en los preámbulos y exposiciones de motivos de determinados textos jurídicos, tanto en la normativa internacional como en nuestro ordenamiento jurídico:

- el párrafo IV del Preámbulo de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) declara:

“Que la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y ayuda mutua;”³.

O en la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1999, en cuyo principio 7 primer párrafo precisa:

“El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.”⁴

- Y en el Preámbulo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, al regular una parte fundamental de las representaciones de nuestra cultura, su último párrafo dispone:

“En consecuencia, y como objetivo último, la ley no busca sino 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.*”⁵

³ Este apartado del Preámbulo aparece referenciado en varias de las Declaraciones universales de la UNESCO. Por ejemplo, el Preámbulo de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997, o el Preámbulo de la Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, adoptada por la Conferencia General el 2 de noviembre de 2001 (http://www.unesco.org/culture/news/html_sp/index_sp.shtml).

⁴ Ver sobre su aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 3º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵ La cursiva es mía.

La segunda y, sin duda alguna, la más extendida en nuestros textos legales enlaza con las políticas y directrices emanadas de las organizaciones internacionales que, ya sea a través de instrumentos normativos o no, entienden la cultura en un sentido plural, “como el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social. Ello engloba, además de las artes y de las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores”⁶. Han sido la UNESCO y el Consejo de Europa, principalmente, quienes han desarrollado el contenido jurídico del término culturas. Aquí, el concepto de cultura aparece ligado al concepto caracterizador de una colectividad humana frente a otra u otras. La cultura es un elemento social, un elemento de civilización, que ayuda a diferenciar al hombre frente a otras especies animales que viven en comunidad. Como objeto al que el Derecho se tiene que encaminar, pero con una generalización tendente a una proclamación de principios más semejante a las Declaraciones de Derechos humanos del XVIII, que a verdaderos y directos textos normativos.

Es en este segundo concepto donde incluiríamos la pírrica referencia a la cultura en, la hasta ahora sin valor jurídico directo, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como podemos apreciar sí existe en la actualidad una variedad de normas que han intentado incluir el término cultura como objeto de su regulación: ya sea con una finalidad subjetiva, como medio para alcanzar la libertad, ya como elemento distintivo de la especie humana. Pero de ninguna de tales aproximaciones puede derivarse que sean consideradas dichas aseveraciones como normas, salvo, y en una minoría de los casos, que las incluyamos en la categoría normativa de los principios generales del Derecho: supletorios de las normas escritas y consuetudinarias e informadores de todo el ordenamiento jurídico.

De ahí, que la mencionada constitucionalización de la cultura no sea más que el reconocimiento de un Derecho fundamental con el doble matiz que venimos estudiando: el derecho de todo ser humano a tener su propia cultura, como garantía de su libertad, y el

⁶ Declaración adoptada por la *Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales*, hecha en México en 1982, en cuyo Preámbulo define de esta forma la cultura.

derecho de todo ser humano como elemento de una colectividad a conservar, proteger y enriquecer sus elementos identificadores dentro de la raza humana.

III.- LAS MANIFESTACIONES CULTURALES COMO OBJETO DEL DERECHO

De las anteriores palabras podemos concluir la imposibilidad de determinar el concepto jurídico de cultura atendiendo al contenido total de la misma. Lo que sí nos es factible, como veremos que realizan algunos de los textos legales que analizaremos, es intentar definir o delimitar distintas manifestaciones o elementos que representan la cultura. Va a ser extraño que encontremos definiciones globales de cultura, pero sí nos vamos a encontrar con definiciones de determinadas parcelas de ella. Por ello, será fácil encontrar el concepto “cultura” en los textos jurídicos, complementado con un adjetivo⁷ o convirtiéndose en él, acompañando a otro sustantivo, regularmente patrimonio o propiedad. Conceptos nada utópicos o abstractos y sí muy “materiales”. En los textos legales nos encontramos con innumerables referentes a la concreción en el mundo físico de la cultura: tesoro artístico, patrimonio histórico, patrimonio cultural inmueble y mueble, bienes de

⁷ Como muestra la definición de “cultura tradicional y popular” que da la Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 25ª sesión el 15 de noviembre de 1989:

“La cultura tradicional y popular es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.”

(http://www.unesco.org/culture/laws/paris/html_sp/page1.shtml)

Dentro de ese mismo ejemplo en España, la Ley 1/2002, de 19 de marzo, de Cultura Popular y Tradicional de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (B.O.E. de 15 de abril de 2002):

“Artículo 2. *Concepto de cultura popular y tradicional.*

1. A los efectos de esta Ley, se entiende por cultura popular y tradicional el conjunto de las manifestaciones de la memoria y de la vida colectiva de los pueblos de las illes Balears, tanto las que todavía se mantienen vigentes como las que han desaparecido a causa de los cambios históricos y sociales.
2. La cultura popular y tradicional incluye todo lo que hace referencia al conjunto de las manifestaciones culturales, tanto materiales como inmateriales, como son la música y los instrumentos, los bailes, la indumentaria, las fiestas, las costumbres, las técnicas y los oficios, la gastronomía y los juegos, los deportes, las danzas rituales o religiosas, las representaciones, las creaciones literarias, así como todas aquellas otras actividades que tienen carácter tradicional y que han sido o son populares.”

interés cultural, propiedad intelectual... que son definidos por los legisladores al tratar en leyes o normas el desarrollo de tales conceptos. Y es en estas manifestaciones donde realmente puede entrar el Derecho para proteger y fomentar la cultura.

IV.- ANTECEDENTES DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA:

IV.1.- LA REGULACIÓN DE LA CULTURA EN OTROS TEXTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A la hora de proceder a estudiar la Carta es ineludible acudir a sus antecedentes, ya sean declaraciones de Derechos supranacionales o nacionales, pertenecientes a su mismo ámbito cultural. Dentro de nuestro sistema expositivo nos encontramos primeramente con los tratados internacionales que incluyen declaraciones de Derechos fundamentales comparables a los de la Carta.

Cronológicamente el primer tratado que refleja la importancia de la cultura como Derecho fundamental es la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Éste es el texto supranacional con mayor influencia en el ámbito de los Derechos humanos del siglo XX y de lo que llevamos del XXI. En él encontramos una importante referencia a los Derechos culturales en su artículo 27, entendidos éstos como la facultad que tenemos los seres humanos de poder acceder a la cultura. Dice expresamente:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

Junto a ello, no se puede obviar el derecho básico tendente a conseguir alcanzar la cultura. El derecho a la educación aparece recogido en el artículo 26 del mencionado texto, ya que, es el artículo 26 en su apartado 2, el que instrumentaliza la cultura a través de la educación. La educación tiene por objeto “el pleno desarrollo de la personalidad humana y

el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (...)”, es el medio que nos permite alcanzar la cultura.

Llama la atención como una Declaración de derechos de este tipo concretiza tan adecuadamente distintas facetas del derecho a la cultura, incluyendo: el derecho de acceso a una cultura plural con la finalidad de atender al desarrollo de la personalidad del hombre dentro de una especie que es común a todos (art. 26.2), el gozar de la cultura que le es propia a través de las manifestaciones que le rodean (art. 27.1) y, el derecho de protección, y por tanto reconocimiento, de los derechos de autor a todo creador (art. 27.2). El artículo 27 es, por tanto, el que se dedica expresamente a la cultura como derecho fundamental, entendida en sus dos vertientes. Por un lado, la vertiente colectiva a la que hacíamos mención al referirnos al concepto plural de cultura. Y, por otro, la cultura en su faceta de derecho subjetivo del autor sobre su obra: tanto en su aspecto de derecho moral como de derecho patrimonial o “material”. Lo que se protege desde la Declaración no es sólo el derecho a disfrutar de las creaciones ajenas que dan lugar a una cultura en una sociedad determinada en un momento determinado, el aspecto público de los derechos culturales, sino también la garantía del ordenamiento jurídico de que todo creador, como benefactor social, es también protegido por el ordenamiento jurídico, la vertiente privada de los derechos culturales. Que duda cabe, que el reconocimiento de derechos al creador de una obra literaria artística o científica enlaza con el derecho a la propiedad recogido en el art. 17 de la propia Declaración, pero a pesar de esta faceta patrimonialista del derecho a la titularidad de la cultura, es en sede del art. 27 donde cobra mayor relevancia el derecho subjetivo reconocido al creador. Se le concede un derecho de titularidad sobre todos aquellos objetos culturales que genere. Si bien, como podemos percatarnos, este derecho de creación individual viene recogido con posterioridad a la faceta pública del mismo, ya que en el primer apartado se consagraba el derecho a “gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

El segundo hito en este camino lo constituye el **Convenio** de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la **Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**. A diferencia de la Declaración, y habiéndola tenido de referente, el Convenio de Roma se presenta con un contenido material mucho menor. Una de los

derechos que queda sin reflejo en el texto del Convenio es el que nos ocupa, teniendo que esperar al Protocolo Adicional número 1⁸ para que se incluya en el texto del Convenio el derecho a la educación, si bien, con un contenido muy limitado si lo comparamos con el art. 26 de la Declaración. Esta carencia de cualquier referencia a la cultura como Derecho Humano llama aún más la atención si evaluamos la labor en materia de cultura de la institución que amparó el Convenio. El Consejo de Europa dedica una parte importante de sus esfuerzos al elemento cultural de los pueblos de Europa, siendo una de sus grandes líneas de actuación:

“Diversity lies at the heart of Europe's cultural richness, which is our common heritage and the basis of our unity. The Council of Europe's cultural programme aims to promote awareness of Europe's multi-faceted cultural identity and to develop it and to meet the challenges facing European society”.

No en vano el Consejo de Europa es una de las instituciones internacionales con mayor número de tratados y convenios amparados dentro de su seno en materia cultural⁹, ya que la cultura aparece configurada como un elemento no sólo particular de cada nación europea, sino también como elemento identificador y de cohesión de todos los ciudadanos europeos.

Siguiendo el ámbito cronológico de nuestra exposición nos encontramos seguidamente con el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, ambos de 16 de diciembre de 1966, desarrollados dentro de la Organización de las Naciones Unidas y aprobados dentro de su Asamblea General mediante la Resolución 2200 A (XXI). Como puede apreciarse ya sólo por el título, es el segundo de ellos el encargado de regular los derechos culturales a los que venimos prestando atención. Aun así, el primero de ellos, ya

⁸ Artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “*Derecho a la instrucción*. A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

⁹ Baste a título de ejemplo: la Convención Cultural Europea de 19 de diciembre de 1954, Convención Europea sobre atentados referentes al patrimonio cultural de 23 de junio de 1985, Convención sobre la protección del patrimonio arquitectónico de Europa de 3 de octubre de 1985...

incluye alguna referencia a la cultura y a sus manifestaciones en el Preámbulo¹⁰ y en los artículos 1 (Derecho a la libre determinación de los pueblos)¹¹, y 27 (Derecho de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas)¹².

El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sí regula un completo elenco de facetas y derechos culturales. La referencia a la cultura aparece en el Preámbulo, en los artículos 1 (Derecho a libre determinación de los pueblos)¹³, 3 (Derecho a la igualdad entre hombres y mujeres)¹⁴, 6 (Derecho al trabajo)¹⁵, 13 (Derecho a la educación)¹⁶ y 15 (Derecho a la cultura).

¹⁰ “ (...) Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.”

¹¹ “ 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

¹² “ En los Estados en que 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, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

¹³ El contenido es el mismo que los del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴ “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.”

¹⁵ “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.”

¹⁶ “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

El artículo 15 del Pacto se presenta con la más amplia regulación de los derechos culturales dentro de las declaraciones de carácter universal o supranacional que conocemos. Estos derechos aparecen configurados atendiendo al siguiente esquema:

1º. Derecho a participar en la vida cultural¹⁷: esta facultad se plantea como una de las clásicas a la hora de determinar el contenido del derecho a la cultura. Ya aparece, con otra redacción, en la Declaración Universal en su art. 27, y la veremos en las Constituciones de algunos Estados europeos así como en el art. 25 de la Carta de Derechos Fundamentales a la hora de referirse a las personas mayores.

Este derecho de participación debemos entenderlo no sólo en su vertiente pasiva, como el derecho que se concede a toda persona a ser parte de la cultura que se genera a su alrededor, sino también activa, como la facultad que se nos concede de crear cultura en el presente o la posibilidad de crearla en un futuro. Tal concepto, a mi juicio, va orientado a toda manifestación cultural pasada, presente o futura, como elemento de identificación y de armonización social. Es un derecho a ser parte de, a formar parte de, y a contribuir a la generación de cultura.

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

¹⁷ “ 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural; (...)”

2°. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones¹⁸. Este derecho tiene un contenido evidentemente pasivo. Implica una faceta muy ligada al anterior pero a la vez mucho más diversa. Por un lado, porque este derecho sólo se contempla desde la óptica del sujeto destinatario del producto de la creación. Y por otro, porque este derecho también presenta una nota especial en torno a su doble naturaleza. No sólo es un derecho de beneficio cultural, o una facultad del genérico derecho a la cultura, si no que los beneficios derivados del progreso científico irían, primeramente, destinados al derecho fundamental de la salud, ya que, el objetivo principal del desarrollo científicos es ir destinado al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” como nos recuerda el art. 12 de este Pacto. El ser destinatario del progreso científico, a mi juicio, es un derecho lo suficientemente amplio que abarcaría desde los derechos fundamentales más básicos: a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad... hasta este derecho a la cultura que estamos estudiando.

3°. Derecho a la propiedad intelectual sobre las creaciones realizadas¹⁹. Como puede verse este derecho es la otra cara de la misma moneda. Protege a aquellos que contribuyen a que los demás se beneficien del progreso artístico, científico o técnico. Es la contraprestación que reconoce el Estado de Derecho a aquellos que favorecen a su mejora social. El reconocimiento de los derechos de los creadores sobre su obra, que tiene su reflejo en el párrafo apartado 2 del art. 17 de la Carta de la Unión Europea, aparece vinculado al derecho de propiedad. Tal conexión sin embargo se presenta no sólo en el régimen de titularidad que reconoce la economía de mercado, sino de manera más patente, en aquellas facultades denominadas morales, o estrictamente personales, que van a acompañar al autor y que no van a poder desgajarse de su persona. Los derechos morales, básicamente, giran en torno a dos facultades: el derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra y el respeto a la integridad de la misma, presentándose más vinculados a la esfera personal que los de contenido patrimonial. No porque entienda que son derechos de la personalidad como se

¹⁸ “ b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; (...)”

¹⁹ “ c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. (...)”

viene defendiendo en un determinado sector doctrinal, sino por sus características de irrenunciabilidad e inalienabilidad. Estos derechos los tiene toda persona desde el momento que crea algo, es la creación el hecho generador y no el nacimiento al mundo físico el que determina quien los tiene y quien no. Por ello, entiendo, no puede predicarse que tales facetas o derechos morales, por no tener un reflejo patrimonial o económico directo, y por estar indisolublemente unidos al autor, sean derechos humanos como sí lo es el derecho a la cultura.

Si nos fijamos, la redacción de este primer apartado del art. 15 del Pacto es casi idéntica a la totalidad del art. 27 de la Declaración, siendo los siguientes párrafos los destinados a precisar las garantías que han de prestar los Estados parte en este Convenio para conseguir el respeto de los mismos: adoptar las medidas necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura; respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora y el fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones entre los países en cuestiones científicas y culturales.

Estas medidas van enmarcadas en los derechos culturales que veíamos en el primer párrafo, debiendo prestar atención en que el destino de las mismas son todos los hombres. No los que se beneficien directamente de las mismas, ya sea por razones geográficas, económicas o sociales, sino que el acceso a la cultura ha de ser promovido por y para todos, siendo el intercambio y la solidaridad cultural el modo de lograrlo. La cultura es un derecho expansivo, todos tenemos derecho a gozar de una cultura propia por la pertenencia a un grupo social, en un área geográfica determinada y en un momento histórico determinado; pero a la vez, tenemos derecho a participar de todo el resto de culturas, en plural, que pertenecen a la especie humana de la cual formamos parte. El derecho a la cultura, tal y como lo recoge el Pacto, tendría que haber sido el punto de partida para la Carta de la Unión Europea. Porque, las diversas facetas que introduce del mismo derecho, el reconocimiento y el respeto que deben dar los Estados al multiculturalismo y el abanico de posibilidades de desarrollo, quedan perfectamente enmarcados dentro de esta redacción.

IV.2.- LA CULTURA EN LOS TRATADOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Junto a las declaraciones de derechos humanos de carácter universal o europeo nos encontramos con que las Comunidades Europeas también consideraron importante añadir una serie de principios, dentro de sus tratados constitutivos, a la hora de que la cultura pasara a formar parte no sólo de los instrumentos normativos de desarrollo sino también del derecho originario de las mismas. Esta inclusión se produjo justamente a través del artículo G del Tratado de la Unión Europea de 1992 que incorporó el Título IX al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que constaba únicamente de un artículo, el 128. Dicho artículo fue modificado por el Tratado de Ámsterdam de 1997 y pasó a ser el actual artículo 151 del Título XII del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al que además se le modificó su apartado 4.

El artículo en cuestión dispone lo siguiente:

“1. La Comunidad contribuirá 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.

2. La acción de la Comunidad favorecerá la cooperación entre Estados miembros y, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de éstos en los siguientes ámbitos:

- 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;
- la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual.

3. La Comunidad y los Estados miembros fomentarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura, especialmente con el Consejo de Europa.

4. La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas.

5. Para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo, el Consejo adoptará:

- por unanimidad, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité de las Regiones, medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. El Consejo se pronuncia por unanimidad durante todo el procedimiento previsto en el artículo 251;
- por unanimidad, a propuesta de la Comisión, recomendaciones.”

Dicho artículo, cuyo contenido es lo suficientemente amplio como para derivar de él las líneas de actuación principales de la Comunidad en materia de cultura, parece no haberlo tenido en cuenta los redactores de la Carta. El único punto de conexión que encontramos, es que el actual art. 151 del Tratado de la Comunidad Europea ya plantea el respeto a la diversidad cultural en sus apartados 1 y 4, si bien, de forma mucho más amplia a la redacción que da el art. 22 de la Carta. Este art. 151 supuso un importante paso adelante en la configuración jurídica de la Unión, al albergar en su seno la cultura como elemento propio de la acción política de la Comunidad Europea. Pero más que cultura, la referencia en el art. 151 se produce a las culturas de los pueblos que componen Europa. El concepto que emplea es el de culturas, en plural, como elementos identificativos de una diversidad de miembros que forman parte de este nuevo marco económico-político que es la Unión Europea. Al igual que lo que acontece con las Constituciones de algunos países miembros, el artículo del Tratado presta una especial atención a determinadas actuaciones culturales que han de ser objeto de la “acción” de la Comunidad: la investigación y la difusión de las culturas, la protección del patrimonio cultural, los intercambios culturales sin ánimo de lucro y el fomento de la creación cultural. Estos puntos de acción cultural son los que se echan de menos al leer el texto de la Carta. Son tales actividades de los Estados y de la Comunidad las que constituyen esa faceta de Constitución cultural que venimos destacando. La falta de cualquier mención a los bienes que componen esa diversidad cultural muestra una apatía que no existe ni en el texto jurídico básico de la construcción europea y ni en la acción política real de la misma. La protección y conservación de los bienes del patrimonio histórico de los pueblos de Europa es una de las señas de identidad de la Comunidad que les alberga. ¿Qué sería de cualquier pueblo que olvida sus monumentos, sus sitios y lugares históricos, sus museos, sus conjuntos o jardines históricos? Pero es que, además, esta pregunta tiene una especial respuesta en el caso de la “vieja Europa” de la cual formamos parte. Cómo se puede no hacer mención a estos vestigios de nuestra identidad en un lugar geográfico como Europa. Europa es, ante todo, un lugar de cultura: el hogar de la cultura occidental.

A ello hay que añadir el escaso impacto jurisprudencial de los temas referentes a la cultura. Si estudiamos las estadísticas judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades no hay ninguna sentencia, ni dictamen, ni auto relativos a temas culturales, si excepcionamos los temas relativos a propiedad intelectual, que en el año 2002 presentó una resolución judicial²⁰ dentro de las 360 que se enjuiciaron. Bien es cierto que tal escasez tampoco obedece a una falta de atención por parte del Tribunal a este tipo de políticas sino, a mi juicio, a la apatía de los ciudadanos y autoridades nacionales que formamos parte de la Unión. Sí han recaído algunas sentencias que hacen referencia a los temas culturales dentro de las Comunidades, aunque se ha analizado el tema cultural de forma tangencial al estudio de estos derechos. Así, encontramos las Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96 por el que se plantea por la *Pretura circondariale de Roma* una cuestión prejudicial sobre la interpretación del apartado 3 artículo 40 del Tratado de la Comunidad Europea y de los principios generales del Derecho comunitario, en la que el Tribunal de Justicia se declaró no competente y no entró sobre la cuestión; el asunto C-42/97, Sentencia de 23 de febrero de 1999, del Parlamento Europeo contra el Consejo de la Unión Europea, que solicitaba la anulación de la Decisión 96/664/CE, de 21 de noviembre de 1996, relativa a la adopción de un programa plurianual para promover la diversidad lingüística de la Comunidad en la sociedad de la información, y en la que se sustanciaba un problema competencial y no de derechos de los ciudadanos; y la reciente Sentencia de 16 de enero de 2003, asunto C-388/01, de la Comisión contra la República Italiana. En este último caso la cuestión enjuiciada era si las ventajas discriminatorias en las tarifas para el acceso a museos, monumentos, galerías, excavaciones arqueológicas, parques y jardines declarados monumentos públicos, concedidas a los nacionales italianos o a los mayores de 60 o 65 años residentes en el territorio donde se hallaran los mencionados bienes culturales constituía una infracción de los artículos 12 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea. A lo que el Tribunal ha respondido de forma afirmativa, y que por tanto constituye una infracción del principio de igualdad entre ciudadanos de la Unión.

²⁰ Fuente: *Estadísticas judiciales del Tribunal de Justicia año 2002*. Apartado 5 “Asuntos terminados-Materia de los recursos (2002)”. Todas las Estadísticas pueden ser consultadas a través de la página web del citado Tribunal.

IV.3.- LA CULTURA Y LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA²¹

Junto a los antecedentes internacionales y propios del Tratado Constitutivo de la Comunidad no podemos olvidarnos que la Carta de Derechos Fundamentales nace con la clara finalidad de llegar a ser una auténtica Constitución europea. Y como tal, tiene que partir, de que los países miembros de la Comunidad ya se han dotado en su pasado de instrumentos jurídicos a los que se les da el valor de máxima norma dentro de sus ordenamientos. Las Constituciones de los Estados miembros son, por tanto, un punto de partida fundamental en cualquier redacción de una futura Constitución europea global, ya que ésta será bien acogida por la totalidad de Estados miembros si, al menos, surge de ese común denominador que pertenece a todos los pueblos integrantes de la misma.

En el tema de la cultura es necesario hacer notar que no existe una postura unívoca en los textos constitucionales de los quince. Sí aparecen manifestaciones de la misma en la práctica totalidad de tales normas, pero se aprecia una radical diferencia entre las constituciones de los países latinos frente a los del centro y norte de Europa y entre las constituciones más modernas frente a las más antiguas. Esta última diferencia, nos sirve para apreciar que el derecho a la cultura, como derecho de tercera generación, aparece ligado a una evolución de los textos constitucionales, evolución de la que debería ser heredera la Carta o futura Constitución europea atendiendo a la demanda social de éste tipo de derechos.

Si estudiamos los textos considerados como cartas magnas en los actuales quince miembros de la Comunidad tenemos que partir, a la hora de determinar la cultura como derecho, de cuatro manifestaciones: el arte, la ciencia, la educación y la protección del patrimonio histórico y artístico.

Tanto el arte, como la ciencia y la educación aparecen, primeramente, configurados en torno a la libertad. La libertad de tales manifestaciones se presenta, no como un derecho a la cultura sino como una faceta del derecho a la libertad. Así:

²¹ Para la traducción de los textos se ha utilizado de referencia la obra *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, realizada por F. RUBIO LLORENTE y M. DARANAS, editorial Ariel, Barcelona 2001.

- Art. 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, “Serán libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza. La libertad de enseñanza no dispensa, sin embargo, la lealtad a la Constitución.”
- Art. 17 de la Ley Fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos, de Austria, de 21 de diciembre de 1867 “Serán libres la ciencia y su enseñanza. (...)”
- Art. 24.1 del Texto Refundido de la Constitución de Bélgica de 17 de febrero de 1994, “La enseñanza será libre, quedando prohibida toda medida de índole preventiva.”
- Art. 20.1.b de la Constitución española de 1978, “Se reconocen y protegen los derechos: (...) b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica;”
- Art. 13.3 del Instrumento de Gobierno de Finlandia de 17 de julio de 1919, por el cual “Se garantizan las libertades de investigación científica, creación artística y enseñanza superior.”
- Art. 16.1 de la Constitución de Grecia, de 9 de junio de 1975, “Son libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza, y su desarrollo y promoción constituyen obligación del Estado. La libertad universitaria y la libertad de enseñanza no dispensarán, sin embargo, del deber de obediencia a la Constitución”.
- Art. 33 de la Constitución de la República Italiana, de 27 de diciembre de 1947, “Son libres el arte la ciencia y será libre la enseñanza.”
- Art. 42. de la Constitución de la República Portuguesa “1. Será libre la creación intelectual, artística y científica. 2. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de obras científicas, literarias, o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor”
- Y el art. 19 de la Ley de 24 de noviembre de 1994, por la que se reforma el Instrumento de Gobierno de Suecia señala: “Los autores, artistas y fotógrafos tendrán derecho sobre su obra”.

En cuanto a la educación, como forma de acceso a la cultura, no podemos negar la importancia que este derecho presenta en las Constituciones europeas. Prácticamente todos los países recogen en sus textos la libertad de enseñanza, como hemos visto, y el derecho a la educación, vinculado a la gratuidad, como uno de los pilares del sistema democrático. Alemania (arts. 5.3, 6.2, y 7), Austria (art. 17), Bélgica (art. 24.1 y 3), Dinamarca²² (art. 76), España (art. 27), Finlandia (art. 77-82), Grecia (art. 16), Irlanda²³ (art. 42), Italia (arts. 33 y 34), Luxemburgo²⁴ (art. 23), Países Bajos (art. 23), Portugal (art. 43 y 76) y Suecia (art. 21) mencionan profusamente en sus textos básicos la enseñanza y la educación como derecho fundamental.

De igual forma es una constante de las Constituciones europeas vigentes la preocupación por la cultura y por la conservación del patrimonio cultural, como elemento representativo de las culturas de sus pueblos. Por un lado, aparecen referenciados estas materias en cuanto a las competencias y garantías que han de prestar los poderes públicos al servicio de la cultura. Así, el Instrumento de Gobierno de Finlandia, de 17 de julio de 1919, en su art. 78 expresa la obligación del Estado en la promoción de la cultura²⁵; el art. 10.13 de la Ley Constitucional Federal de Austria, texto de 1929, atribuye competencia federal sobre la legislación y la ejecución en materia de servicio científico y técnico de archivos y bibliotecas, materias referentes a las colecciones e instituciones artísticas y científicas de la Federación; teatros federales, excepto lo relativo a su construcción, así como la protección de los monumentos; la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sólo hace referencia como objeto de la legislación concurrente entre la Federación y los Länder en su art. 74.5: “La defensa del patrimonio cultural alemán contra la emigración al extranjero.” O los artículos de la Constitución española 148.1. 14^a, 15^a, 16^a y 17^a y 149.1.28^a referentes a las competencias en materia de patrimonio cultural atribuidas a las Comunidades Autónomas y al Estado central.

²² Constitución del Reino de Dinamarca, de 5 de junio de 1953.

²³ Constitución de Irlanda de 1 de julio de 1937.

²⁴ Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo de 17 de octubre de 1868.

²⁵ Art.78: “El Estado promoverá el estudio de las ciencias técnicas, agrícolas y comerciales y demás ciencias aplicadas y la mayor instrucción de las mismas, así como la práctica de las bellas artes y el mayor conocimiento de ellas, manteniendo y estableciendo para todas estas ramas escuelas especiales de enseñanza superior, en la medida en que no estén representadas en la Universidad, u otorgando subvenciones de ayuda a las instituciones privadas que se creen con este objeto.

Por otro, nos encontramos con que algunos textos constitucionales han ido más allá de la mera garantía pública y competencial de estas materias, y se han referido de manera explícita a la protección del patrimonio histórico, artístico y científico. Este es el caso de las Constituciones de Italia (27 de diciembre de 1947), Grecia (9 de junio 1975), Portugal (2 de abril de 1976) y España (27 de diciembre de 1978).

En Italia el artículo de referencia es el 9, que reza lo siguiente: “La República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Salvaguardará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación”.

Este es el eje en torno al cual giran los diversos planos de la Constitución cultural²⁶, a la que antes se hizo referencia, y en torno al que se ha desarrollado la importantísima doctrina italiana sobre los bienes culturales²⁷ de las que es heredera toda una generación de autores y las Constituciones cronológicamente posteriores.

²⁶ G. ROLLA, *Bienes culturales y Constitución*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 2. Enero-abril 1989, pág.163 (traducción de Emilio Calderón Martín).

²⁷ Concepto introducido por M.S. GIANNINI, en su artículo “I beni culturali” *R.T.D.P.* 1976, I. Págs. 3 y ss. No voy a entrar en el análisis de la famosa doctrina del profesor italiano en torno a la naturaleza jurídica de los bienes culturales. Doctrina que, con mayores o menores aciertos, ha sido la más importante configuración dogmática que se ha realizado en este tipo de bienes. Su estudio parte de la diferenciación ya apuntada por PUGLIATTI (en su obra *Beni e cose in senso giuridico*. Giuffrè Milán, 1962), en que el objeto cultural tiene dos naturalezas: una de carácter patrimonial, que posibilita su posesión por cualquier sujeto individualizado, y por ello es un bien patrimonial; y otra de carácter inmaterial, que genera un derecho colectivo de “frucción”, lo que le convierte en un bien jurídico cultural. Por ello, se separan dos derechos en estos bienes, los de su titular, en cuanto lo es del soporte físico, y los de la sociedad, en cuanto bien inmaterial con un valor cultural que pertenece a todos. Pero no es una manifestación de propiedad dividida, como primeramente señaló GIANNINI en su libro *I beni publici*, Roma, 1963, sino una configuración de los bienes en el sentido que destacó PUGLIATTI.

De gran aceptación en la terminología italiana, incluso para designar al Ministerio encargado de los mismos, e internacional. La mayor parte de Convenios hechos en el ámbito de la UNESCO en su traducción española se denominan Bienes Culturales, p.ej. *Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado*, La Haya 14 de mayo de 1954.

Entre los autores españoles que la estudian en sus monografías destacar a BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, editorial Civitas, Madrid, 1990; ALONSO IBÁÑEZ, M.R., *El patrimonio histórico español. Destino público y valor cultural*, editorial Civitas, Madrid, 1992; y ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*. Tomos I y II, ediciones del Ministerio de Educación y Cultura, Madrid, 1994.

La Constitución griega regula esta materia de forma especial. Primeramente, el art. 16 recoge en su apartado 1 la libertad y el desarrollo y promoción de la cultura²⁸, el 2 y siguientes la instrucción del pueblo griego, desde la enseñanza, los profesores, sus caracteres, los niveles, etc, y, por otro lado, el art. 24 todo lo referente a la obligación del Estado de proteger el ambiente natural y cultural. Dentro de dicha competencia se encuentran los bosques y espacios forestales (24.1.II), el urbanismo (24.2-5) y los monumentos, lugares históricos y sus elementos (24.6), señalando al finalizar el último apartado, el 24.6, “La Ley establecerá las medidas restrictivas de la propiedad que sean necesarias para hacer efectiva esta protección, así como las modalidades y la naturaleza de la indemnización a los propietarios afectados”. Así que prevalece la protección sobre la propiedad privada, pero con la intención de fijar una indemnización por los perjuicios causados en los propietarios.

La Constitución portuguesa de 1976 cita el patrimonio cultural como objeto de la misma en tres ocasiones:

- a) Dentro de las misiones fundamentales del Estado se encuentra “Proteger y valorizar el patrimonio cultural del pueblo portugués, defender la naturaleza y el medio ambiente, preservar los recursos naturales y asegurar una correcta utilización del territorio” (art.9.e).
- b) “Todos tienen derecho a la educación y a la cultura” (art.73.1), siendo una obligación del Estado la “democratización de la cultura” (art.73.3)²⁹ y,
- c) El art.78 se encarga de recalcar la vinculación de todos, Estado y particulares, en contribuir a la salvaguarda del patrimonio cultural, creando una obligación directa en este sentido hacia la totalidad de la sociedad portuguesa: “Todos tendrán derecho al goce y a la creación culturales, así como el deber de preservar, defender y promover el patrimonio cultural”. Enumerando a continuación acciones que debe realizar el Estado,

²⁸ Art.16.1.

²⁹ Art.73.3: “El Estado promoverá la democratización de la cultura, estimulando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos al goce y a la creación cultural, en colaboración con los órganos de comunicación social, las asociaciones y fundaciones de fines culturales, las colectividades de cultura y recreo, las asociaciones de defensa del patrimonio cultural, las organizaciones de vecinos y otros agentes culturales.

en colaboración con los agentes culturales, tendentes al acceso de todos los ciudadanos a la cultura y a los bienes que la representan³⁰.

Por último, la Constitución española recoge dos artículos a los que debemos prestar especial atención en este punto.

El primero es el art. 44, que presenta el principio de la promoción y tutela, por parte de los poderes públicos, del acceso a la cultura, “a la que todos tienen derecho”³¹. Este es el tipo de declaraciones que se echan de menos en la Carta. Principios relativos a la actuación y obligación por parte de la Unión, y de los países que la integran, a que todos podamos acceder a la cultura europea de la cual formamos parte. No sólo el respeto a la diversidad cultural, sino la garantía de que sea real dicho respeto, y el reconocimiento, como derecho fundamental, al acceso a la cultura. En segundo lugar, se dedica al patrimonio histórico, cultural y artístico el art. 46, que dice: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”. Lo más novedoso del precepto, si lo comparamos con los de las Constituciones anteriormente vistas, es el carácter dinámico y positivo³² que se incorpora con la mención a “promoverán el enriquecimiento”. Ya no va a ser sólo una protección y conservación de lo pasado sino que el legislador constitucional mira al futuro, haciendo de nuestro patrimonio histórico, cultural y artístico un elemento identificativo de la nación española, de las generaciones pasadas, presentes y futuras. El patrimonio cultural se

³⁰ Art.78.2: “Corresponde al Estado, en colaboración con todos los agentes culturales:

- a) Estimular y asegurar el acceso de todos los ciudadanos, especialmente de los trabajadores, a los medios e instrumentos de acción cultural, así como corregir las disparidades existentes en el país en este campo.
- b) Apoyar las iniciativas que estimulen la creación individual y colectiva, en sus múltiples formas y expresiones, y de una mayor circulación de las obras y de los bienes culturales de calidad.
- c) Promover la salvaguardia y la promoción del patrimonio cultural, haciendo de él un elemento vivificador de la identidad cultural común.
- d) Desarrollar las relaciones culturales con todos los pueblos, especialmente los de habla portuguesa, y asegurar la defensa y la promoción de la cultura portuguesa en el extranjero.
- e) Articular la política cultural y las demás políticas sectoriales.

³¹Continúa en su apartado 2: “Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”

³² A.E. PÉREZ LUÑO. Artículo 46 en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. Dirigidos por O. ALZAGA.

concibe como algo vivo, que está en constante evolución, y que debe ser garantizado por los poderes públicos.

V.- LA CULTURA Y LA CARTA

Ya hemos visto los antecedentes con los que llegamos a la redacción de la Carta: los textos internacionales que reconocen los derechos fundamentales, los tratados constitutivos de las Comunidades europeas y las Constituciones de los Estados miembros que forman parte de la misma. Ahora debemos analizar si la regulación positiva del texto que nos ocupa obedece a la realidad jurídica de la que es coetánea y si el derecho a la cultura aparece recogido en ella y de que forma.

La palabra cultura aparece únicamente en tres ocasiones. En el Preámbulo, al referirse al “respeto” a la identidad común y diversidad cultural dentro de la Unión³³, en el artículo 22, dedicado a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, y en el artículo 25, al referirse al derecho de las personas mayores a participar en la vida social y cultural.

Evidentemente la cultura y los bienes que la representan no se circunscriben única y exclusivamente al empleo de este término, pero es un claro indicio de lo que nos vamos a encontrar a lo largo del texto que formará parte de nuestra futura Constitución Europea³⁴.

³³ “La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento.”

³⁴ Si leemos el Proyecto de Constitución presentado por la Secretaría de la Convención Europea (CONV 802/03, de 12 de junio de 2003, Volumen II) no hay ninguna referencia a la cultura en el mismo que no hayamos citado ya. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se reproduce en su integridad sin alterar una coma bajo la numeración de Artículo II. El Artículo III reenumera el Tratado de la Comunidad Europea apareciendo las mismas alusiones a la cultura que su documento original: el futurible art. 53 es el actual 87 TCE, el 176 el 151, el 177 el 149 y el 181 el 182.

Como podemos ver, la Carta es un texto bastante heteromorfo. Su estructura no obedece, en determinados casos, al contenido que luego desarrollan los capítulos y, éstos presentan hipertrofias en determinados derechos, como los sociales, y olvidos considerables, como en el tema que nos ocupa.

Si analizamos el texto de la Carta en su totalidad, podemos empezar a estudiar las referencias a la cultura, y los derechos contiguos a ella, atendiendo a sus manifestaciones. Así, podemos extraer los siguientes artículos que reconocen, directa o indirectamente, alguna faceta³⁵ del derecho a la cultura:

- **Artículo 13** . *Libertad de las artes y de las ciencias*

“Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.”

- **Artículo 14**. *Derecho a la educación*³⁶

“1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.”

- **Artículo 17**. *Derecho a la propiedad*

“ (...)

2. Se protege la propiedad intelectual.”

- **Artículo 22**. *Diversidad cultural, religiosa y lingüística*

“La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.”

- **Artículo 25**. *Derechos de las personas mayores*

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.”

El texto completo lo encontramos en http://www.futuroeuropa.es/Documentos/CONV802_120603.pdf

³⁵ Estas denominadas facetas o facultades han sido seleccionadas atendiendo a lo estudiado previamente en los instrumentos jurídicos que hemos comparado. Claro está, que tales facetas son mucho más amplias, p.ej. las libertades ideológicas y de culto son un derecho cultural, pero entiendo que el estudio se debe ceñir a las manifestaciones culturales que desde un principio hemos constreñido a la denominada Constitución cultural.

³⁶ De igual manera se antepone, en el párrafo segundo del artículo 32, la protección del derecho a la educación de los jóvenes sobre el derecho a trabajar.

Comparando lo visto en los apartados anteriores con la Carta, ésta se presenta respetuosa con derechos culturales derivados de los derechos fundamentales clásicos: la libertad y la propiedad.

Por lo que respecta a la libertad de creación, ésta aparece consagrada únicamente en su vertiente individual: libertad de creación, y no en su vertiente colectiva o plural, en torno al derecho de participación de todos en las creaciones culturales como vimos predicaban algunos textos internacionales ya referenciados. Sólo atiende a esta faceta en el caso de las personas de mayor edad, pero no encontramos alusión alguna a la comunidad humana de la que formamos parte. También se echa en falta en este punto la mención al acceso a la cultura. Sin acceso a la cultura no hay libertad posible. En este sentido, el derecho a la educación que se presenta en el artículo 14 tiene esa finalidad, pero hubiese sido más recomendable optar por “constitucionalizar” este acceso de forma expresa y no remitirlo al derecho a la cultura que tiene una vertiente mucho más abstracta.

En cuanto a la propiedad, establece una pírrica alocución respecto del derecho que se va a conceder al autor para protegerle por la obra creada. Mientras Europa se muestra como referente político a la hora de luchar por los derechos de los autores o creadores, y así lo vemos constantemente en las negociaciones de los Tratados GATT para evitar la “invasión norteamericana” de este tipo de productos o al tratar de negociar los convenios relativos a propiedad intelectual, ahora, al redactar lo que será con toda seguridad nuestra Constitución Europea se nos olvida consagrar estos derechos de manera al menos más detallada. Es difícil comprender la redacción dada al apartado segundo del artículo 17 si lo encuadramos dentro de la organización internacional que lo ha realizado.

Sin embargo, el eje del derecho a la cultura lo encontramos en el exiguo artículo 22 que, mediante una simple frase, reconoce un derecho cultural al que le da tres adjetivos que son encuadrables en el primero de ellos. Hay que tener en cuenta que la “diversidad cultural”, en cualquiera de sus manifestaciones, es un derecho al que ya hacía referencia el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el Preámbulo de la Carta que nos ocupa. A mí, me da la impresión, que el legislador comunitario tiene una especie de “complejo cultural” frente a las culturas de los países que integramos la misma. Tanto reafirmar el

concepto de diversidad unido al de respeto, parece deducir que la construcción de Europa va en contra de esas culturas de los pueblos que estamos albergados en su seno. Y, creo, que la idea de la Cultura europea no va en absoluto en contra de la diversidad cultural de los que la formamos, sino que es parte de la misma.

La diversidad cultural y su respeto son, sin duda, términos en “auge jurídico”. Ese respeto a las minorías recogido en las Constituciones se ha transformado actualmente en el respeto a la diversidad cultural. Más aún, desde la consagración definitiva a partir de la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la diversidad cultural (adoptada por el mencionado Comité el 7 de diciembre de 2000, en la 733 reunión) y la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural. En ellas se nos define la diversidad cultural³⁷ atendiendo a factores sociales de la humanidad. La Declaración Universal de la UNESCO, cuyo articulado es mucho más extenso y preciso que el realizado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, articula en sus artículos 4 al 6³⁸ la

³⁷ En la Declaración de Consejo de Europa:

“1. Cultural Diversity

1.1 Cultural diversity is expressed in the co-existence and exchange of culturally different practices and in the provision and consumption of culturally different services and products;

1.2 Cultural diversity cannot be expressed without the conditions for free creative expression, and freedom of information existing in all forms of cultural exchange, notably with respect to audiovisual services;

1.3 Sustainable development as defined in relation to cultural diversity, assumes that technological and other developments, which occur to meet the needs of the present, will not compromise the ability of future generations to meet their needs with respect to the production, provision and exchange of culturally diverse services, products and practices.”

(<http://cm.coe.int/ta/decl/2000/2000dec2.htm>)

Y en la Declaración de UNESCO:

“Artículo 1 – La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad

La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.”

(http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_sp/index_sp.shtml)

³⁸ Por su interés los reproduzco:

“DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHOS HUMANOS

Artículo 4 – Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos

interrelación entre la mencionada diversidad cultural y los derechos calificados en ella como humanos. Y de tal redacción obtenemos una serie de principios que deberían haber tenido en cuenta los redactores de la Carta para armonizar esta diversidad cultural con el resto de derechos fundamentales y con el derecho a la cultura.

En primer lugar, y con una claridad que parecen no tener presentes algunos políticos y determinadas minorías culturales que intentan imponer sus criterios más allá de los derechos fundamentales básicos, se recoge el principio de que la diversidad cultural no prevalece sobre los derechos humanos: “*Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance*” (art. 4, último párrafo).

Segundo, “*Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes*” (art. 5, primer párrafo). Este es el tipo de textos que parece no haber tenido presente la Carta. El art. 5 de la Declaración universal, después de presentar tan categóricamente esta afirmación, desgana los derechos culturales que son de todo punto básicos en cualquier sociedad que quiera dotarse de un instrumento jurídico que reconozca los mismos. Tales derechos culturales formarían la Constitución cultural que echamos tanto de menos en la Carta. Se reconocen los siguientes derechos:

auténticos. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.

Artículo 5 – *Los derechos culturales, marco propicio de la diversidad cultural*

Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los define el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe, así, poder expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural; toda persona debe poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Artículo 6 – *Hacia una diversidad cultural accesible a todos*

Al tiempo que se garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer. La libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, el multilingüismo, la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico -comprendida su forma electrónica- y la posibilidad, para todas las culturas, de estar presentes en los medios de expresión y de difusión, son los garantes de la diversidad cultural.”

- Derecho a expresarse, crear y difundir las obras en la lengua que se desee y en particular en la materna.
- Derecho a una educación y formación de calidad que respete plenamente la identidad cultural.
- Derecho a poder participar en la vida cultural que se elija y ejercer las propias prácticas culturales, dentro del respeto de los derechos humanos y de las libertades públicas.
- Derecho a disfrutar del patrimonio, en todas sus formas, debiendo ser preservado, valorizado y transmitido a las generaciones futuras (art. 7, párrafo segundo)

Este es el marco que debería, al menos, haber diseñado la Carta. Un marco de diversidad cultural que no solo la respetara, sino que la desarrollara a través de estos derechos.

VI.- CONCLUSIONES

Después de este pequeño análisis de los modelos existentes, los textos básicos referenciados, las cartas magnas de los que formamos parte de la Unión, la conclusión a la que se llega es la falta de una auténtica construcción cultural dentro de la misma. No sólo no existe una estructura interna armónica en el reconocimiento de estos derechos, de la conexión entre el Derecho y la cultura, sino que la mayor parte de los derechos que de ella deberían derivarse han sido succionados por el nímio artículo 22, quedando trasladados al olvido. Tendrá que ser el Tribunal de Justicia el que tenga, en su día, que desarrollar el contenido del mencionado artículo para determinar el verdadero alcance del mismo. Pero, la redacción y exposición de las que se parte no han podido ser más desafortunadas.

Esta falta de sensibilidad hacia la cultura y los derechos que la protegen, llaman más la atención si atendemos al tipo de naciones que vamos a ratificar como norma el texto de la Carta a través de la futura Constitución. Europa es ante todo una Europa de culturas y de cultura. Sin una cultura, a la vez común y a la vez plural, no se entiende la construcción y la

realidad que es Europa. Nuestro patrimonio no es otro que los elementos emanados de la cultura, entre otros el Derecho. Y la Carta hubiera sido el elemento esencial para consagrar jurídicamente estos principios de los que los europeos nos orgullecermos de llevar como señas de identidad común.