

Stefan Huster
Antonio Pau
María J. Roca

Estado y cultura



Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

Estado y cultura

Stefan Huster

Antonio Pau

María J. Roca

Estado y cultura



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Stefan Huster, Antonio Pau, María J. Roca

I.S.B.N. : 978-84-613-7103-7

Depósito Legal: M-52523-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

LA CULTURA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL (Prof. Dr. <i>Stefan Huster</i>)	13
I.- ¿POR QUÉ CULTURA?	13
1. La coyuntura del concepto de cultura	13
2. La cultura en el Estado constitucional	14
3. La cultura del Estado constitucional ..	15
4. Los desafíos culturales	15
5. Derecho constitucional, política y cultura	17
II.- LA CULTURA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LIBERTAD ARTÍSTICA Y FOMENTO DEL ARTE	18
1. El dilema de la neutralidad estética del Estado	18
a) La protección de la libertad y la prohibición de realizar juicios valorativos	18

b)	La necesidad de criterios que aqueja al fomento del arte	20
2.	¿Fomento del arte como obligación para con la libertad?	21
a)	El fracaso de la fundamentación desde la perspectiva del Estado social	21
b)	La interpretación institucional de la libertad artística	22
c)	El arte como bien público	24
3.	Conclusiones	26
a)	La tensión entre libertad artística y fomento del arte	26
b)	El fomento del arte como objetivo político	27
c)	¿Funcionalización estética de la protección como derecho fundamental?	28
III.	- LA CULTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA EDUCACIÓN EN LA ESCUELA PÚBLICA.....	31
1.	La necesidad y la licitud del estable- cimiento político de objetivos educativos	31
2.	¿Neutralidad abierta o distanciadora? ...	34
3.	Conflictos culturales en la escuela pública	38
a)	El efecto des-diferenciador del concepto de cultura	39

b) La división de poderes en la educación	40
IV.- CONTRA LA CULTURA	43
1. ¿Cultura como concepto constitucional?	43
2. El cuidado de la cultura y de la Constitución como tarea política	45
3. La independencia del Estado constitucional	45
ARTE Y PODER (<i>Antonio Pau y María J. Roca</i>)	49
I.- DOS ACOTACIONES NECESARIAS	49
II.- SIETE CUESTIONES	51
1. La cultura como meta del Estado	53
1.1. Cuestiones preliminares	53
1.2. Referencias al Derecho comparado	57
1.3. Naturaleza jurídica del derecho a la cultura en nuestro ordenamiento	62
2. El reparto de competencias en materia de cultura	67
2.1. Jurisprudencia constitucional	68
2.2. Consideración conclusiva	73
3. La preservación de la diversidad cultural	76

3.1. Convenio de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales	76
3.2. La preservación de la diversidad y la libertad cultural	79
4. La neutralidad estética del Estado	81
4.1. “Ceguera estética” del poder público	81
4.2. ¿Límites a la expresión artística?	86
5. El fundamento de la actividad cultural del Estado	89
5.1. El arte como bien público	89
5.2. La ponderación del arte con otros bienes públicos	93
6. El Estado de Cultura	93
6.1. Origen y vigencia de la expresión “Estado de cultura” ...	93
6.2. Eventual sentido de su mantenimiento	98
7. La cultura en la educación impartida en la escuela pública	99
7.1. La neutralidad del Estado y la escuela pública alemana	100
7.2. Decisiones jurisprudenciales en respuesta a la diversidad	

cultural en el seno de la escuela pública	109
7.2.1. La oración en la escuela	109
7.2.2. Simbología e indumentaria religiosa	115
7.2.3. La educación sexual	120
7.2.4. La asignatura de ética u otra de similar contenido axiológico	129
7.2.5. La clase de gimnasia	134
7.3. Propuestas y consideraciones conclusivas	138
III.- CONSIDERACIONES FINALES	140

LA CULTURA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Prof. Dr. *Stefan HUSTER*

I. ¿Por qué cultura?

1. *La coyuntura del concepto de cultura*

El concepto de cultura disfruta de una buena coyuntura. No sólo entre cultura y política, sino también entre cultura y Derecho –incluida la ciencia del Derecho– parece haberse desarrollado en los últimos años una nueva intimidad: la cultura está en boca de todos como objeto y factor de la política y del Derecho. Sin embargo, no resulta fácil analizar y valorar esta evolución, ya por la sencilla razón de que precisamente la ciencia del Derecho constitucional no dispone de un concepto preciso de cultura. No se debe a un fallo de esa disciplina, sino que reside en la naturaleza de la cosa: pocos conceptos tienen contornos tan borrosos, son tan equívocos y están tan cargados ideológicamente como el de cultura. En esta situación no es recomendable un despliegue abstracto del concepto de cultura, que en último término no podría a su vez sino constatar su indefinición

y equivocidad, sino un proceder pragmático que incida en las funciones de este concepto en contextos jurídicos. Cabe mencionar a ese respecto dos campos de problemas que no están totalmente desvinculados uno de otro, pero que pueden y deben ser distinguidos.

2. *La cultura en el Estado constitucional*

Por un lado, de lo que se trata es de la responsabilidad del Estado por la cultura, es decir (en una formulación muy recortada), de la cultura *en* el Estado constitucional. Estamos aquí ante un concepto de cultura en sentido estricto, que abarca el arte, y frecuentemente también los conocimientos poseídos y la ciencia. Este debate engarza con las reflexiones tradicionales acerca de la protección constitucional de la libertad cultural, acerca del fundamento y los límites del fomento de la cultura y especialmente del arte por el Estado, acerca del carácter de la sociedad desde la perspectiva del Estado cultural y acerca de las cláusulas referentes a la cultura contenidas en las constituciones de los *Länder* alemanes y en los tratados europeos. Actualmente esas reflexiones tienen por objeto las cuestiones concernientes a la inclusión de la cultura como objetivo del Estado en la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), al reparto de competencias en materia de cultura entre el Estado central y los *Länder* y a la preserva-

ción de la calidad y la diversidad de la cultura mediante la política cultural del Estado y los convenios internacionales.

3. *La cultura del Estado constitucional*

Por otra parte, la cuestión no es la responsabilidad del Estado por la cultura, sino la responsabilidad de la cultura por la sociedad, es decir, los fundamentos culturales del ordenamiento democrático y basado en el reconocimiento de las libertades, o bien –nuevamente en una formulación muy recortada– la cultura *del* Estado constitucional. Subyace a este debate un concepto de cultura considerablemente más amplio, que comprende la totalidad de las convicciones, actitudes y formas de vida de los ciudadanos. En ese sentido se puede considerar también el ordenamiento jurídico mismo como un fenómeno cultural.

4. *Los desafíos culturales*

El empleo compartido de la palabra “cultura” en ambos debates no debe hacer que nos engañemos acerca de sus diferencias. Si la cultura en sentido estricto gira en torno a los factores específicos de la reproducción ideal de la sociedad, el concepto amplio de cultura reúne fenómenos harto dispares, que difícilmente se dejan reducir a un denominador común. A pesar de ello, en la descripción de

la problemática actual es posible constatar también la existencia de puntos en común. Ambos debates, y la conciencia de crisis en que se apoyan, parten de fenómenos de globalización, economización, medialización, individualización y pluralización, y de sus efectos sobre la cultura. Si la atención se centra en la cultura en sentido estricto pasa a primer plano la preocupación de que podrían ponerla en peligro las tendencias al aplanamiento y a la uniformización, cuando en épocas de cajas públicas vacías los contenidos e instituciones culturales se ven determinados decisivamente por una industria cultural que actúa a escala global. Si se habla de la totalidad de las implicaciones y presupuestos culturales del Estado constitucional, el debate recoge un temor que ha acompañado a las sociedades abiertas desde su surgimiento: que la “civilización capitalista” –según la ha denominado Schumpeter– destruya sus propios fundamentos culturales. Actualmente se encuentran en primer plano a ese respecto los desafíos que representan para el ordenamiento basado en el reconocimiento de las libertades los conflictos nacionales e internacionales que tienen un trasfondo cultural, que ya han sido designados como “guerras culturales” y como “lucha de culturas”. Esta consideración es aplicable especialmente al nuevo robustecimiento de la religión como fuerza dotada de capacidad de actuación política: un proceso

éste que ha encontrado no poco desprevenidas a las sociedades europeas, secularizadas en muy alto grado en una comparación histórica e internacional.

5. Derecho constitucional, política y cultura

Las relaciones recíprocas de ese tipo entre el ordenamiento político y los fenómenos culturales dan base a un creciente interés de los poderes públicos por la evolución cultural. El cometido del Derecho constitucional a ese respecto es sumamente ambivalente. Por un lado, las constituciones basadas en el reconocimiento de las libertades limitan las posibilidades de actuación del Estado, ya que especialmente los derechos fundamentales dan vía libre en la libertad social –con una envergadura que habrá de determinarse más de cerca en los distintos campos específicos, pero en todo caso no desdeñable– a las orientaciones culturales y a las formas de conducta basadas en ellas. Por otra parte, cabe preguntar si la Constitución no faculta a la política, o incluso la obliga, a proteger y cuidar las convicciones, actitudes y formas de vida culturales indispensables o al menos beneficiosas para la sociedad. Las siguientes consideraciones se centran en la cuestión de cómo determina la Ley Fundamental esta relación entre la libertad cultural protegida desde la perspectiva de los derechos fundamentales,

por un lado, y la preocupación del Estado por la cultura, por otro. Con ello se está haciendo referencia simultáneamente al reparto de competencias entre legislador y jurisprudencia constitucional en las cuestiones concernientes al cuidado de la cultura.

II. La cultura en el Estado constitucional: libertad artística y fomento del arte

En lo que respecta a la cultura en sentido estricto esta cuestión se puede focalizar en un problema jurídico central, a saber, las relaciones existentes entre la libertad artística y el fomento del arte por el Estado.

1. *El dilema de la neutralidad estética del Estado*

a) *La protección de la libertad y la prohibición de realizar juicios valorativos*

La garantización de la libertad artística consagrada en el artículo 5 apartado 3 de la Ley Fundamental (GG) constituye ante todo un derecho defensivo del ciudadano contra el Estado. En esa función la garantía de la libertad se opone especialmente a que el Estado se erija en juez del arte. Un “control del nivel, es decir, una diferenciación entre arte ‘superior’ e ‘inferior’, arte ‘bueno’ y

‘malo’ (y por ello no digno de protección, o menos digno de ella)” representa, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), un “control de los contenidos constitucionalmente inadmisibles”.

La garantía de la libertad veta, así pues, no sólo limitaciones demasiado intensas, sino también la imposición de limitaciones por razones erróneas. Obliga al Estado, por ello, a una “ceguera estética”, y recoge en su seno elementos de una prohibición de establecer diferencias, o bien –dicho en términos positivos– de un mandato de neutralidad. El motivo de impedir un estrechamiento estético-normativo de la protección del derecho fundamental subyace también a la muy debatida problemática del concepto de arte, el cual, por un lado, tiene que encontrar una definición para que el ámbito protegido por el derecho fundamental no carezca de perfiles bien dibujados, mientras que, por otra parte, ha de permanecer lo suficientemente abierto para abarcar también nuevas formas de arte y evitar un “estrechamiento valorativo del concepto de arte”.

b) *La necesidad de criterios que aqueja al fomento del arte*

Con esta rigidez de la prohibición de la valoración cualitativa está en una relación de tensión no solucionada el hecho de que simultáneamente la jurisprudencia constitucional derive del artículo 5 apartado 3 GG, en su calidad de norma de principio que implica una decisión valorativa, la obligación del Estado de cuidar y fomentar el arte: no en vano el fomento del arte por el Estado nunca puede ser sino un fomento selectivo, regido prioritariamente por criterios de calidad. Y es que –según ha subrayado el Tribunal Constitucional mismo– un fomento indiscriminado de todo y todos por igual “más bien dejaría incumplida la misión del Estado de asegurar la libertad artística, toda vez que por un lado apenas contribuiría al incremento cualitativo y cuantitativo de la producción artística, y por otra parte sustraería recursos estatales –disponibles de forma siempre limitada– al eficaz fomento de logros artísticos realmente necesitados de él”. Con ello se plantea la pregunta de qué relaciones guarda el cuidado del arte por el Estado con la garantía de la libertad artística: ¿cabe entender efectivamente el fomento del arte como una prolongación de la garantía de la libertad?

2. ¿Fomento del arte como obligación para con la libertad?

a) El fracaso de la fundamentación desde la perspectiva del Estado social

En estos momentos goza de general reconocimiento la tesis de que el fomento del arte no puede ser concebido en su núcleo como la garantía de los presupuestos materiales de la libertad a favor de los titulares del derecho fundamental, y por ello –en el más amplio sentido– como una actividad propia del Estado social. Así, el fomento de los artistas y de las instituciones artísticas no se rige primariamente por criterios sociales de necesidad económica, sino por criterios cualitativos de política cultural.

Con la argumentación de que el apoyo a la actividad artística y a las instituciones culturales no se dirige a asegurar el sustento de los artistas, sino a permitir al público el acceso a una alta cultura cuya financiación únicamente a través del mercado haría de ella algo prohibitivo, especialmente para las capas de la población más débiles, se puede dar soporte tan sólo a la prestación de una ayuda meramente lateral a la cultura desde la perspectiva del Estado social, pero no a una política cultural por sí misma regida por criterios de excelencia. Al margen de que los receptores

del arte, según la doctrina mayoritaria, no pueden apelar al artículo 5 apartado 3 GG, y por tanto seguramente tampoco a posibles obligaciones positivas de fomento en ese sentido desde la perspectiva del Estado social derivadas de ese derecho fundamental, bien podría suceder que el fomento del arte por el Estado consistiese muchas veces en una masiva redistribución de abajo hacia arriba, a saber, en la concesión de una subvención, pagada por todos los contribuyentes, a la ganancia de distinción principalmente de una capa social media y alta, culta y bien situada, que –según lo demuestran estudios empíricos– constituye de modo totalmente predominante el público de los actos de alta cultura.

b) *La interpretación institucional de la libertad artística*

Estas aporías del intento de fundamentar el fomento del arte por el Estado desde el punto de vista de su funcionalidad para la libertad se evitan con una interpretación institucional del derecho fundamental, que ve el sentido de la garantía de la libertad artística en proteger –en palabras del Tribunal Constitucional Federal– “los procesos, modos de comportamiento y decisiones basados en las leyes propias del arte y determinados por consideraciones estéticas”. Por ello se asigna a la garantía de la libertad el cometido no sólo de

proteger el arte de las ingerencias del Estado, sino también de preservarlo de presiones sociales que coartan la autonomía y las leyes propias del arte y de prestar apoyo precisamente a aquellos artistas y a aquellas obras de arte que alcanzan un elevado nivel estético, pero que pese a ello –o precisamente a causa de ello– no encuentran su público. 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.

Esta fundamentación bien podría recoger un motivo esencial del fomento del arte por el Estado. Pero cabe preguntarse si logra también anclar en la Ley Fundamental la correspondiente obligación de proporcionar fomento. El artículo 5 apartado 3 GG no permite, dada su función originaria de defender determinados derechos, una decisión valorativa a favor de la orientación por leyes propias de la esfera estética, sino únicamente a favor de la libertad artística. Para el derecho defensivo, de lo que se trata no es de proteger el arte, sino de proteger la libertad del individuo de expresarse artísticamente; está al servicio no de la autonomía del arte como ámbito vital, sino que la autonomía y la orientación por leyes estéticas son una consecuencia de la libertad individual. Esta consecuencia es posible, no necesaria: ni el derecho fundamental obliga a desarrollar la actividad artística, ni la protec-

ción de ese derecho fundamental presupone que los ciudadanos se orienten en la producción y recepción de arte por criterios específicamente estéticos. La tensión de ello resultante se pone claramente de manifiesto precisamente con vistas al fomento del arte. En la perspectiva institucional de esta cuestión ese fomento se caracteriza por el hecho de que aspira a corregir los intereses de producción y recepción de los ciudadanos tal y como encuentran expresión cada momento en decisiones de mercado. Este carácter por así decir contrafáctico no sólo no se puede derivar de la garantía de la libertad artística, sino que incluso tiende a entrar en contradicción con ella. Así pues, la interpretación institucional acoge en el derecho fundamental direcciones protectivas contrapuestas, con el peligro de que la libertad de los ciudadanos que no se pliegan a los distintos imperativos del proceso y a las expectativas del sistema pierda la protección propia de un derecho fundamental.

c) *El arte como bien público*

Por ello es considerablemente más plausible apoyar el fomento del arte por el Estado no en la libertad individual, sino en un interés público. Aquí puede quedar sin decidir si el arte, y por tanto también el fomento del mismo, efectúa una contribución específica a la integración política de la sociedad. En todo

caso, el arte estéticamente ambicioso conduce, con entera independencia de ello, a una estructura del entorno intelectual y estético más rica, matizada y compleja. Ello se puede constatar de forma interna al arte, pero también repercute sobre la estructura cultural en un sentido amplio. Esa repercusión comienza ya en el hecho de que la capacidad del lenguaje cotidiano de evolucionar y de expresar matices depende, en medida no desdeñable, de que sea vivificado y renovado mediante impulsos procedentes de la creatividad propia del uso literario del lenguaje. Y termina en la circunstancia de que las “grandes” obras de arte –junto con y en interacción con otros factores de la reproducción ideal– influyen sobre la percepción que tiene una sociedad de sí misma, por cuanto permiten conocer nuevos modos de ver las cosas, acceder a nuevos contextos de sentido y articular experiencias de un modo nuevo.

Ahora bien, estas repercusiones son ventajosas no sólo para los productores y receptores directos de arte, sino que también se benefician de ellas todos los miembros de la sociedad, puesto que éstos participan en la estructura cultural de la misma. Y dado que ese beneficio es indivisible y público, cabe considerar que el arte estéticamente ambicioso es un bien público con efectos externos positivos. Resulta decisivo, empero, que esos

efectos no repercuten adecuadamente sobre las relaciones de mercado entre productores y receptores, dado que los beneficiarios indirectos no participan en esas relaciones en modo alguno. Dejar el arte totalmente en manos del mercado llevaría por ello, con gran probabilidad, al empobrecimiento de la estructura cultural. En esa situación está justificado reaccionar a este “fracaso estético del mercado” regulando políticamente la preservación del arte como bien público y haciendo que todos los ciudadanos –también aquellos que no tengan ellos mismos interés directo en ese arte– participen en su financiación.

3. *Conclusiones*

Si esta reconstrucción acierta a expresar el sentido del fomento del arte por el Estado, se desprenden de ella tres conclusiones desde el punto de vista del Derecho constitucional.

a) *La tensión entre libertad artística y fomento del arte*

Entre libertad artística individual y cuidado y fomento del arte por el Estado regidos por la calidad existe más bien una relación de tensión que una relación de correspondencia recíproca. Por ello se debería prescindir de derivar ese fomento del artículo 5 apartado 3 GG: el fomento del arte tiene lugar –en contra

de una tesis ampliamente difundida— no por mor de la garantía de la libertad artística, sino a pesar de ella, toda vez que apunta, y en la medida en que lo hace, precisamente a corregir los resultados del uso individual de la libertad.

b) *El fomento del arte como objetivo político*

La realización de bienes públicos es una tarea que por razones de reparto funcional de las competencias incumbe por principio a la política, y no al Derecho constitucional. Por un lado, esos objetivos políticos compiten —especialmente desde un punto de vista económico— con otros objetivos. La decisión de priorización que por consiguiente resulta preciso adoptar es, de forma típica, un asunto primigeniamente político y que difícilmente cabe determinar desde el Derecho constitucional. Por otra parte, a ese respecto se necesita difíciles estimaciones empíricas. Así, la fundamentación del fomento del arte por el Estado implica la suposición, de ningún modo obvia, de que ese fomento garantiza una plusvalía estética en comparación con procesos guiados por el mercado. Ese puede ser el caso en ocasiones, o incluso frecuentemente, pero de ningún modo siempre ni en todos los campos del arte. Si las leyes propias del arte se ven restringidas en su despliegue por las

coerciones del mercado en mayor medida que por la adaptación a las expectativas de los órganos públicos de fomento, y si la creatividad, la disposición a innovar y la pluralidad que caracterizan al arte se desarrollan mejor en espacios públicos protegidos del mercado que en procesos guiados por la demanda son cuestiones abiertas, que pueden merecer respuestas muy distintas según los casos de que se trate. No exigen una valoración constitucional, sino una estimación específica para cada campo en términos de política cultural. Estos dos aspectos explican también por qué las cláusulas relativas a la cultura contenidas en las constituciones de los *Länder* no han alcanzado apenas relevancia práctica; de la fijación de la cultura como objetivo del Estado en la Ley Fundamental cabría esperar lo igual de poco.

c) *¿Funcionalización estética de la protección como derecho fundamental?*

Si es correcto que la protegibilidad del arte estéticamente ambicioso descansa en un interés público, ello hace que para la dogmática de la protección de los derechos fundamentales desde el punto de vista de los derechos defensivos resulte lógico extraer la conclusión de que graduar la intensidad de la protección con arreglo al valor artístico de la correspondiente obra sea constitucionalmente posi-

ble, pero no obligado. Sin embargo, la jurisprudencia emanada acerca de las relaciones entre libertad artística y protección de los menores deriva del artículo 5 apartado 3 GG la obligación de tener en cuenta el valor artístico de las obras afectadas por una intervención del Estado. Así, en la “resolución Mutzenbacher” del Tribunal Constitucional Federal se sostiene que para responder a la pregunta de si se debe conceder prioridad a la protección de los menores o a la libertad artística se desprende del artículo 5 apartado 3 GG que es menester tomar en consideración también el prestigio de la obra en cuestión entre el público y los honores y estimación que haya recibido de la crítica y de la ciencia. Apoyándose en esa resolución, el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) se opuso a una “consideración indebidamente estrecha” del Organismo Federal de Examen de Escritos Peligrosos para Menores (*Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften*), el cual había partido de una “‘equivalencia’ de todas las obras de arte en lo relativo a la libertad artística”; ese tribunal sostuvo que, por razones constitucionales, a la hora de resolver acerca de la inclusión de una obra en la lista de escritos prohibidos para menores se debe tener en cuenta en la correspondiente ponderación también el valor artístico.

Cuando en el valor artístico se ve un “interés de la libertad artística” relevante para la ponderación, estamos ante una funcionalización estética de la protección como derecho fundamental. De conformidad con la concepción aquí defendida, la garantía de la libertad artística protege la libertad individual, mientras que la existencia de un arte elevado constituye un bien público sobre cuya protección y fomento se debe resolver en el terreno de la política. Por ello, de esa libertad no cabe derivar la *obligación* de promover un bien público mediante el fortalecimiento de la protección que brindan los derechos defensivos. En cambio, sería plausible que el legislador ordinario hubiese configurado la protección de la libertad de modo específicamente cualitativo y que la jurisprudencia –haciendo referencia a la razonabilidad de la reflexión del legislador de que la existencia de arte elevado es beneficiosa para la estructura cultural de la sociedad– hubiese reaccionado a ello afirmando que el artículo 5 apartado 3 GG *permite* establecer esa diferencia. Ahora bien, dado que, según parece (esta es una cuestión de interpretación del Derecho ordinario), el legislador no ha efectuado esa configuración en la Ley sobre la difusión de escritos peligrosos para los menores (*Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften*) ni en la ahora pertinente Ley de protección de los menores (*Jugendschutzgesetz*), no existe

base jurídica alguna para la introducción efectuada por la jurisprudencia de diferencias cualitativas en la protección de la libertad.

III. La cultura del Estado constitucional: la educación en la escuela pública

Similares cuestiones acerca de la delimitación entre Derecho constitucional y política se plantean cuando se fija la mirada en el amplio concepto de cultura que designa la totalidad de las implicaciones y presupuestos intelectuales, ideológicos y normativos del ordenamiento basado en el reconocimiento de las libertades. En lo que sigue vamos a dedicar nuestra atención, a modo de paradigma, a una esfera vital en la que los poderes públicos influyen de forma especialmente intensa sobre las orientaciones y las actitudes valorativas de los ciudadanos, y que por ello es también un escenario privilegiado de los consiguientes debates y conflictos culturales: la escuela pública.

1. *La necesidad y la licitud del establecimiento político de objetivos educativos*

La transmisión de conocimientos y la educación en la escuela pública deben contribuir al despliegue de la personalidad del niño en igual medida que a la integración de la socie-

dad. Especialmente de cara a la finalidad de la integración se plantea la pregunta de qué objetivos educativos debe perseguir la escuela a fin de transmitir y reforzar los fundamentos culturales del ordenamiento basado en el reconocimiento de las libertades.

No en vano la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que parte de una equiparación jerárquica de la misión educativa del Estado y del derecho de los padres a educar en la escuela, y que por tanto coloca los objetivos de la educación escolar bajo una especial necesidad de justificación, ha llevado a una serie de planteamientos que consideran la Constitución misma como directriz educativa. Ahora bien, semejante “interpretación pedagógica de la Constitución” está exigiendo de la Ley Fundamental más de lo que ésta puede dar. Esto es así especialmente en lo que se refiere al intento de derivar objetivos educativos de las libertades públicas. En el terreno concreto de lo que se trata aquí es de las respectivas condiciones funcionales de la sociedad, que no necesariamente discurren de forma paralela a la protección de la libertad desde la perspectiva de los derechos fundamentales, sino que coinciden con esa protección más bien casualmente: algunos ejercicios de la libertad están en correspondencia con esas condiciones, y otros no; la coincidencia es enteramente contingente. Por

lo demás, esta objeción se puede dirigir en general contra el intento de formular esas condiciones funcionales como presupuestos o expectativas de los derechos fundamentales, y de ese modo concederles un especial rango en la teoría constitucional o incluso en el Derecho constitucional.

La Ley Fundamental contiene pautas educativas concretas a lo sumo para la esfera, relativamente estrecha, de la formación política, en la cual se puede y debe recurrir a los posicionamientos constitucionales de principio a favor de la democracia y de los principios del Estado de Derecho y del Estado social. Ahora bien, esto no significa en modo alguno que la educación en la escuela pública, que no se puede limitar, pues no sería lógico que lo hiciese, a la formación política, tenga que ser por lo demás una educación libre de valores o neutral en materia de valores. Tampoco en la escuela se encuentra la actuación del Estado bajo una omniabarcante reserva constitucional, de modo que el establecimiento de ulteriores objetivos educativos escolares incumbe al legislador, el cual también ha hecho amplio uso de esas competencias en las constituciones de los *Länder* y en las leyes promulgadas en materia escolar.

2. *¿Neutralidad abierta o distanciadora?*

Sin embargo, debido a su obligación de neutralidad en cuestiones religioso-ideológicas la escuela pública no está en condiciones de insertar esos objetivos educativos en una cimentación ética compacta. Quien piense que sin una cimentación de ese tipo no es posible transmitir, fundamentar ni concretar posicionamientos políticos fundamentales ni pautas y virtudes socio-morales de la conducta personal considerará que su falta es una considerable debilidad. Como salida de ese dilema, estuvo reconocido durante largo tiempo el fomento por el Estado de las fuerzas sociales que se hallan dispuestas a cuidar una cimentación religioso-ideológica y en condiciones de hacerlo. En lo tocante a la escuela pública ello encuentra su expresión más directamente perceptible en el establecimiento de la enseñanza de la religión, la cual permite integrar en la escuela una educación religioso-ideológica sin tener que abandonar la pretensión de neutralidad. Actualmente, empero, se multiplican los indicios de que este modelo regulativo de neutralidad abierta o positiva choca con sus propias limitaciones. Cabe considerar cuestionable desde el punto de vista del cuidado de la cultura la utilización de las pertinentes formas e instituciones jurídicas –desde el estatus de corporación, pasando por la enseñanza de la religión, hasta llegar

a la creación de escuelas confesionales– por comunidades nuevas y otras que son producto de la inmigración; además, la apertura de la escuela pública a convicciones y manifestaciones religioso-ideológicas puede estar preñada de conflictos en una sociedad crecientemente pluralista.

Para una reserva cultural genérica a favor o en contra de determinadas corrientes religioso-ideológicas la Ley Fundamental no ofrece asidero alguno. Quien lo vea de otro modo no sólo tendrá que enfrentarse con el mandato constitucional de neutralidad, sino que también habrá de contar con que la valoración de la respectiva compatibilidad con la cultura se convierta, a falta de pautas constitucionales, en un asunto político de resultado incierto: lo que para un *Land* es el velo, que –así se dice– se opone a una cultura de la igualdad de derechos entre los sexos, será para otro un posicionamiento eclesiástico ante la orientación homosexual, que –a su parecer– no es compatible con una cultura de la igualdad de derechos entre las distintas orientaciones sexuales.

Por ello, si se considera que semejantes comprobaciones de la compatibilidad con la cultura no son posibles desde la perspectiva del Derecho constitucional ni prudentes desde el punto de vista de la política constitucional,

sólo está disponible como alternativa el modelo regulativo basado en una neutralidad distanciadora o negativa. Si en las instituciones estatales se apuesta por la integración de elementos religioso-ideológicos o más bien por dejarlos fuera, es algo que cada sociedad deberá aclarar con base en sus experiencias históricas y su situación concreta. No es ese –a diferencia de lo que sucede con la exigencia de igualdad de trato implicada por el mandato de neutralidad– un problema fundamental de justicia, sino una cuestión prudencial en el marco de la política aplicada a la sociedad. Así se pone especialmente de manifiesto cuando también los defensores de la neutralidad abierta subrayan que al Estado no le es lícito, en su propio interés, hacer como si las religiones y las ideologías no existiesen. En vista del gran desafío de afrontar el pluralismo religioso-ideológico las concreciones constitucionales serían, empero, problemáticas. Lo importante, más bien, es garantizar a la política un suficiente margen de configuración para que pueda reaccionar de forma específica en los distintos campos y a las distintas situaciones y problemas.

La Ley Fundamental ofrece para ello buenos presupuestos. Es cierto que el Derecho constitucional alemán –se ha hecho referencia a ello frecuentemente– no conoce el principio del laicismo, y que tampoco levanta “wall of

separation” alguno entre Estado e Iglesia, o entre Estado y religión. En cambio, no se percibe con tanta claridad que la Ley Fundamental tampoco obliga en todos los casos a una neutralidad positiva que integre benévolamente en instituciones públicas el pluralismo religioso-ideológico. Precisamente para la escuela esto ha sido afirmado una y otra vez, pero no está en consonancia con el acervo normativo constitucional: al margen de regulaciones específicas –como sucede, por ejemplo, con el artículo 7 GG en lo que respecta a la enseñanza de la religión– que poseen un carácter visiblemente excepcional, y que por ello no permiten trazar analogía alguna, la Ley Fundamental se abstiene de posicionarse acerca de si y hasta qué punto la escuela y otras instituciones públicas tienen que abrirse o cerrarse al pluralismo ideológico. En esa dirección apunta ahora también la sentencia del Tribunal Constitucional Federal acerca del velo cuando dice que “el cambio social vinculado a la creciente pluralidad religiosa (...) puede dar ocasión para determinar de una nueva forma el alcance admisible de las referencias religiosas en la escuela” y que se deja en manos del legislador “atribuir al deber de neutralidad del Estado en el campo escolar un significado más estricto y más distanciador que hasta ahora (...) a fin de evitar de antemano conflictos con alumnos, padres y otros profesores”. Esta flexibilidad política es el

resultado imprevisto, pero no implausible, de las “fórmulas de compromiso” del Derecho eclesiástico del Estado y del Derecho constitucional en materia de religión vigentes en Alemania. De conformidad con ello, el legislador escolar puede no sólo determinar si y hasta qué punto les está permitido a los profesores manifestar sus convicciones religiosas en la escuela, sino que en los *Länder* en los que no es aplicable el artículo 7 apartado 3 frase 1 GG puede tomar también una decisión libre desde el punto de vista constitucional acerca de organizar la enseñanza tradicional de la religión o una enseñanza en valores, obligatoria para todos los alumnos, que incluye conocimientos de religión.

3. Conflictos culturales en la escuela pública

Una consideración más detallada de los conflictos con trasfondo religioso-ideológico o “cultural” en general que se producen actualmente en la escuela pública muestra, en definitiva, que la capacidad del concepto de cultura para su análisis y solución desde la perspectiva del Derecho constitucional es extremadamente limitada.

a) *El efecto des-diferenciador del concepto de cultura*

Así, el concepto de cultura es sumamente inapropiado para determinar el contenido y los límites de la misión educativa del Estado. El enunciado de que en la escuela pública se debe transmitir los fundamentos culturales de nuestra sociedad no encontrará oposición. Pero los puntos poco claros comienzan tan pronto se pregunta más de cerca de qué constan esos fundamentos hacia los que la escuela puede o debe adoptar una actitud afirmativa. Así, por ejemplo en sus sentencias acerca de la escuela conjunta cristiana, el Tribunal Constitucional Federal se ha valido tendencialmente del concepto de cultura contra el de religión. En dichas resoluciones se dice que en la escuela pública no está permitido que la “afirmación del cristianismo” haga referencia a “verdades de fe”, sino únicamente al “reconocimiento de un factor cultural y formativo que ha dejado una profunda impronta” y a aquellos “valores y normas, en los que el cristianismo ha dejado una decisiva impronta, que se han convertido también en buena medida en patrimonio común del área cultural occidental”. Aquí la cultura se está distinguiendo precisamente de las verdades de fe en tanto que núcleo religioso. Pero no menos difundida está la argumentación opuesta, que a través del concepto de

cultura aspira a integrar en el programa educativo escolar las convicciones religioso-ideológicas tradicionales o que cuentan con un respaldo mayoritario. El concepto de cultura no aporta nada al esclarecimiento de esta cuestión, toda vez que está abierto a ambas interpretaciones; así se puso de manifiesto posteriormente en la controversia relativa a la presencia de cruces en las aulas.

Este ejemplo muestra cómo el concepto de cultura tiende a juntar a la fuerza, de modo muy poco transparente, contenidos que el Estado constitucional ideológicamente neutral precisamente promete mantener separados. Esta característica la comparte con la omnipresente terminología de los valores, que frecuentemente discurre de forma paralela y que tiende asimismo a des-diferenciar, reuniéndolos en el concepto de valor o incluso de sistema de valores, objetos normativos de la más variada naturaleza: desde modelos de vida personal lograda, pasando por normas de moral social, hasta llegar a objetivos políticos y a las estructuras fundamentales del sistema político.

b) *La división de poderes en la educación*

El concepto de cultura, y especialmente las expresiones “derechos culturales” e “identidad cultural”, sugieren que es misión del

Estado constitucional preservar orientaciones culturales existentes, al modo de una cultura rectora o al modo multicultural dependiendo de si se trata de una cultura mayoritaria o minoritaria. Ahora bien, eso es correcto a lo sumo en el sentido de que a los poderes públicos no les compete emitir juicio alguno acerca de esas orientaciones como tales; no puede significar que estén obligados a proteger esas orientaciones contra modificaciones o contra la presión a que se adapten a realidades distintas que puede comportar la vida en un ordenamiento basado en el reconocimiento de las libertades, o a velar por que todas las formas de vida puedan darse sin dificultades en ese ordenamiento de igual manera. Eso sería –ya Kant lo señaló decididamente– someter a la política y al Derecho a una exigencia eudemonística excesiva.

Lo anterior es aplicable también a la educación en la escuela pública. Es perfectamente posible, e incluso probable, que conocimientos, habilidades y actitudes que se transmiten en ella con buenas razones entren en conflicto, en razón de sus contenidos o estructuralmente, con algunas formas de vida culturales. Ahora bien, por un lado, ello no puede constituir una objeción determinante, ya por el hecho de que si todos los contenidos formativos y todos los objetivos educativos estuviesen bajo reserva de su compatibilidad

cultural dejaría de ser posible en absoluto una escuela común en una sociedad pluralista. Por otra parte, una coincidencia sin fisuras con los modelos educativos de los padres caracterizados culturalmente no es en modo alguno el objetivo de la escuela pública. Antes bien, la misión educativa del Estado posee, en el sentido de una división de poderes en la educación entre la casa paterna y la escuela, una función complementaria y, llegado el caso, también correctora: mientras que la educación familiar está al servicio de la inculturación en una determinada forma de vida, la educación en la escuela pública tiene la finalidad de permitir la orientación en los distintos sistemas funcionales sociales, y especialmente la de preparar para la convivencia en una sociedad culturalmente pluralista.

Si es correcto –en contra de lo que supone el Tribunal Constitucional Federal– que el objetivo de la educación no es una “personalidad lo más unitaria posible”, sino una personalidad matizada que sepa manejar las diferentes expectativas de rol a las que se ve enfrentada, ello tendrá consecuencias dogmáticas. El derecho a educar de los padres y el del Estado no pueden estar equiparados en la escuela pública en el sentido de que los objetivos educativos escolares tengan que justificarse en todos los casos frente a los modelos educativos subjetivos de los padres en un

proceso de ponderación. A la escuela le es lícito –por ejemplo para ser siquiera aceptada en determinados grupos– tomar en consideración particularidades culturales, pero frente a la misión educativa autónoma del Estado no existe por principio derecho alguno a exigir esa toma en consideración. Ello va a favor de no concebir la educación escolar de antemano como intervención sobre el derecho educativo de los padres, toda vez que los objetivos de la primera se rigen por intereses del bien común no arbitrarios y precisamente por esa causa respetan el mandato de neutralidad ideológica.

IV. Contra la cultura

Las consideraciones que hemos efectuado hasta ahora acerca de la significación del concepto de cultura para el Derecho constitucional dan pie a una valoración escéptica.

1. *¿Cultura como concepto constitucional?*

Como concepto constitucional el de cultura es demasiado amplio y demasiado vago. “Cultura” en sentido amplio designa objetos y situaciones del más distinto tipo –desde la religión y el arte, pasando por la economía y la política, hasta llegar al ordenamiento jurídico y constitucional mismo– ante los que, sin

duda, al Estado no le es lícito ni tiene por qué adoptar la misma actitud. El concepto de cultura puede que sea apto para mostrar concatenaciones entre esos ámbitos y cómo unos son condición de otros, pero precisamente por ello corre el peligro de pasar por alto las diferenciaciones que el Derecho constitucional prevé por buenas razones. Para permitir argumentaciones transparentes, el concepto tiene, por ello, que ser modulado a fin de hacerlo aplicable a cuestiones objetivas concretas, para las cuales la Ley Fundamental contiene regulaciones específicas y harto distintas. Formulándolo incisivamente: cuando en la dogmática constitucional nos ocupamos de la cultura podemos estar hablando sobre las cosas más dispares, pero seguro que no sobre “la cultura” en general. La cultura sólo goza de protección constitucional en la medida en que así lo prevén las normas concretas de la Ley Fundamental; éstas no se condensan hasta tomar la forma de un concepto constitucional o incluso preconstitucional de cultura en general que poseyese fuerza argumentativa por sí mismo. Cuando en el debate constitucional se habla, con todo, de “cultura” en general es posible observar, con la correspondiente frecuencia, que se está argumentando subrepticamente, pretextando hacerlo con base en la Ley Fundamental, a favor de posiciones políticas o ideológicas particulares.

2. El cuidado de la cultura y de la Constitución como tarea política

Si y cómo en esferas materiales y vitales concretas se cuida y fomenta la cultura –ya sea la cultura en sentido estricto o la totalidad de las convicciones y formas de vida– es, por principio y en cada caso, una cuestión política, no constitucional. Esto es aplicable también cuando se puede referir situaciones culturales –a veces plausiblemente, en ocasiones de forma un tanto artificial– a presupuestos funcionales del Estado constitucional: que pueda ser inteligente cuidar esos presupuestos no cambia nada en el hecho de que las correspondientes competencias –además de en los ciudadanos mismos, que llevan la responsabilidad principal a ese respecto– residen en la política y no en el Tribunal Constitucional, si es que la Constitución ha de seguir siendo un ordenamiento marco y no ha de salir de sus propios límites para convertirse en un programa omniabarcante de política aplicada a la sociedad.

3. La independencia del Estado constitucional

La “cultura” como concepto del Derecho constitucional y de la teoría constitucional sugiere una uniformidad de los modos de ver la sociedad que es ajena al Estado constitucio-

nal. Bien es cierto que, de algún modo, todo tiene que ver con todo, pero el moderno Estado constitucional vive de que determinados contextos están desacoplados normativamente. Así, el estatus del ciudadano con las mismas libertades y los mismos derechos a intervenir en la cosa pública es independiente precisamente de su orientación cultural –especialmente religioso-ideológica– y por ello está exonerado de pretensiones de homogeneidad cultural.

Puede que algunos consideren esto como un punto débil del ordenamiento basado en el reconocimiento de las libertades, pero precisamente hoy es en realidad su mayor excelencia. En sociedades pluralistas –y, en una u otra medida, todas las sociedades modernas lo son– es peligroso identificar el ordenamiento político con orientaciones culturales que nos diferencian. Las faltas de acuerdo y los conflictos que de ello se derivan no son algo nocivo por principio para las sociedades modernas, sino que, muy al contrario, la necesidad de solucionar conflictos en procesos democráticos condensa las relaciones sociales y a través de ello favorece la integración de la sociedad. Ahora bien, esto es así solamente en el caso de los conflictos que –como los conflictos de distribución– admiten soluciones de compromiso. En cambio, los conflictos culturales son típicamente no divisibles y tienden a

la irreconciliabilidad ideológica. Por ello, el Estado constitucional debería tener interés en no subrayar las diferencias culturales en su significación política, sino que en lugar de ello debería resaltar sus propias decisiones normativas a favor de una misma libertad, de la democracia y de la preservación de los principios del Estado de Derecho y del Estado social. Bien es cierto que el Estado constitucional –al igual que todo ordenamiento político– está necesitado, y lo seguirá estando, de formas de vida y convicciones que le sean favorables. Pero en la percepción que tiene de sí mismo no debería situarse en una relación de dependencia respecto de una cultura pensada pre-políticamente, sino que debería poseer la autoconciencia suficiente para confiar en que el ordenamiento democrático y basado en el reconocimiento de las libertades posee un atractivo propio, y que por ello no dejará de influir a su vez, imprimiendo su huella, en la cultura de los ciudadanos.

ARTE Y PODER

Antonio PAU

María J. ROCA

I. Dos acotaciones necesarias

Estas páginas no son –a pesar de que esa sea la práctica de las sesiones de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo– una contraponencia; no tienen nada que oponer a las ideas del prof. Huster. Son sólo unas notas *al margen* de la ponencia. Aunque ese sería el subtítulo, porque el título quizá debería ser “Arte y poder”, y no “Cultura y Estado”. La propia ponencia del prof. Huster se podría titular así: en primer lugar, porque la expresión alemana *Verfassungsstaat* abarca diversos poderes –comprende tanto el Estado federal como los Estados federados–; en segundo, lugar porque el propio Huster acota un ámbito muy concreto de la cultura, que es el arte –o el arte y la literatura, si se quiere–. Él mismo dice que se circunscribe al “sentido estricto” de la cultura, y recuerda la definición de Dieter Grimm, en su artículo *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*¹.

¹ En ella se reduce la cultura a “los factores específicos de la reproducción ideal de la sociedad”. Hay otro

Esas dos acotaciones del terreno son inevitables: porque, más allá de la diversidad de competencias en materia cultural que tengan los distintas Administraciones –central, autonómica y local (diríamos en términos españoles)–, los problemas que plantea la relación entre poder y arte son los mismos con absoluta independencia del ámbito concreto de cada poder; y porque la relación del poder con la cultura *en sentido amplio* es literalmente inabarcable.

La teoría de la cultura que elaboró la Escuela Neokantiana de Baden sigue teniendo vigencia. En síntesis: la cultura es el ámbito de los valores; toda creación valiosa es una creación cultural –sea un cuadro, un poema, una sinfonía, un código o una revolución–; las ciencias culturales –y las tareas culturales en general– se diferencian de las ciencias naturales² –y a toda actividad natural– en que las primeras infunden valores en su objeto, mien-

artículo con el mismo título escrito por U. Steiner, y ambos están publicados en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, número 42, pág. 60.

² “En la ciencia concurren características intrínsecas que la acreditan, quizás, como factor de integración cultural por excelencia”, A. Tiemblo, *La ciencia, ¿una forma de cultura universal?*, en “Dimensión educativa, científica y social de la inmigración. Documentos Humboldt”, n. 7, Alcalá de Henares, 2008, pág. 182, pero ello no supone que la ciencia sea arte.

tras que en las segundas, los valores están en el sujeto, en la conducta de quien actúa. El pintor infunde belleza al lienzo, mientras que el investigador actúa con rigor cuando mira por el microscopio.

Una parte de la cultura es el arte. Los valores propios del arte son distintos de los valores propios de otros sectores de la cultura, como, por ejemplo, el derecho. El Código civil no tiene que ser bello, sino justo. Una naturaleza muerta no tiene que ser justa, sino bella. Sin que con ello se quiera decir que la necesaria prevalencia de un valor implique la inexorable exclusión de los demás.

II. Siete cuestiones

El prof. Huster menciona en su ponencia tres cuestiones que, según dice, son objeto de reflexión actual en Alemania y que él no trata. Éstas son: la cultura como “meta del Estado” (*Staatsziel*) en la Ley Fundamental alemana, el reparto de competencias en materia de cultura entre el *Bund* y los *Länder* y la preservación de la diversidad cultural.

Su exposición se centra en tres cuestiones: la neutralidad estética del Estado, el fundamento de la actividad cultural del Estado y la cultura en la educación impartida en la escuela pública. Finalmente, bajo el epígrafe “Contra la cultura” (*Gegen Kultur*) —expresión

que no parece responder exactamente a las ideas que le siguen—, mantiene lo que él llama una “valoración escéptica” (*eine skeptische Beurteilung*), valoración que hace desde la perspectiva constitucional: *no hay un concepto constitucional de cultura; la actividad cultural del Estado no es una cuestión constitucional sino política.*

Por nuestra parte, expondremos, dentro de este segundo apartado, algunas consideraciones acerca de siete cuestiones abordadas en la primera ponencia, advirtiendo al lector de la dificultad de un tratamiento conjunto del arte y la escuela, o –si se prefiere– del “derecho de acceso a la cultura” y el “derecho a la educación”. Mientras que en nuestra Constitución el primero no es un derecho fundamental, el segundo sí. El derecho a la cultura no llega en ningún caso a constituir para su titular un deber de acceso a ella, mientras que sí hay un deber de escolarización de los menores (hasta los dieciséis años) por parte de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad. Basten estas dos notas para mostrar la dificultad de un estudio unitario. No obstante, a favor de su análisis simultáneo cabe anotar que la posición del poder público respecto al arte y respecto a la educación presenta algunas similitudes: tiene un deber de neutralidad³ (aun-

³ En la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de

que con importantes matizaciones, sobre todo en el Derecho alemán) y un deber de promoción de uno y otra (aunque en la educación, más que de promoción hay que hablar de prestación).

1. *La cultura como meta del Estado*

1.1. *Cuestiones preliminares*

En la relación entre el Estado y la cultura –o el poder y el arte– se podría decir que hay dos posiciones extremas y una multitud de posibles posiciones intermedias. Las dos posiciones extremas son las de Platón y la de Novalis.

a) La de Platón es que el poder debe excluir el arte. El arte nos fascina, nos entu-

Derecho Humanos, como es sabido, se expresa como un deber de “no adoctrinamiento”, o como la prohibición de adoctrinamiento. La primera Sentencia al respecto fue la que resolvió el litigio Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, nº 5095/71; 5920/72; 5926/72, de 7 de diciembre 1976, serie A-23. A partir de ella, la jurisprudencia posterior reitera esta doctrina. Un comentario a esta sentencia y otros posteriores, puede verse en F. Fernández Segado, *La interpretación del derecho a la educación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Revista de Derecho Público”, 106, 1987, págs. 5 y ss. J. Martínez-Torrón, *El Derecho internacional y las objeciones de conciencia*, en AA.VV, *Objeción de conciencia*, México D.F. 1998, págs. 123 y ss.

siasma, nos arrebatada, y eso es un peligro incontrolable: un peligro para la razón. La verdadera fobia de Platón era la música, no la poesía, y si en el diálogo sobre *Las Leyes* dice que los políticos –*los guardianes de la república*– deben expulsar a los poetas, es porque lo peligroso de la poesía es el ritmo y la armonía. Después, en el *Fedro*, Platón suaviza su opinión sobre el arte, en la famosa metáfora del auriga: el alma –y también el alma de los políticos y de los ciudadanos– se parece a un auriga que guía dos corceles, “uno excelente y de buena raza” –la razón– y otro “muy diferente del primero” –el placer–. Platón, de mala gana, tiene que reconocer el peso de la sensibilidad estética en la vida del hombre.

b) La idea de Novalis es la inversa: el arte debe estar en el frontispicio del poder –o más exactamente de lo que llama “monarquía republicana”, que es la forma de Estado que considera preferible–. En sus *Aforismos Políticos*, que se publicaron en los *Anales de la Monarquía Prusiana (Jahrbücher der Preußischen Monarchie)*, Novalis propugna un “Estado poético”. En él “el verdadero príncipe es un artista de artistas; es decir, el director de artistas. Cada ciudadano debe ser artista. Porque toda actividad puede llegar a ser un arte bello”. En definitiva: el país entero debe ser una obra de arte. “Un país debe ser

florecente como una obra de arte, en mayor grado aún que un parque. Un parque diseñado con buen gusto es un invento inglés. Un país que logre satisfacer al espíritu y al corazón quizá llegue a ser una invención alemana”.

En el *Primer programa del idealismo alemán (Das älteste Systemprogramm des Deutschen Idealismus)*, redactado conjuntamente por Hölderlin, Hegel y Schelling –aunque el texto manuscrito que se ha conservado está escrito sólo por Hegel– se mantiene una idea semejante: hay que ir a un “Estado estético” –*ästhetische Staat*–, para cuya realización es necesaria una educación de los ciudadanos en la belleza.

No resulta claro si nuestra Constitución está más cerca de Platón o de Novalis: probablemente esté más cerca de Platón. Parece que la Constitución española tiene una idea de la cultura como “valor” –y así lo han entendido varios autores–. Pero la cultura no está en el elenco de valores del artículo 1 ni en el de principios del art. 9. El art. 44 ap. 1 dice que “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”. La sentencia 71/1997 del TC afirma que “el derecho de acceso a la cultura [es] un *principio rector* de la política social y económica”. Parece una concepción excesivamente elevada. El autor de la Constitu-

ción tiene incluso una cierta reserva a la hora de hablar de un “derecho” referido a la cultura. La mención del “derecho” aparece en el inciso final del art. 44.1: lo que parece existir en primer plano es un “deber –de los poderes públicos– de promover y tutelar el acceso de la cultura”, y un efecto reflejo de ese “deber” es la posibilidad que tienen los ciudadanos a acceder a la cultura.

No parece que pueda hablarse con propiedad de un “derecho a la cultura”, aunque esta expresión se utilice habitualmente. La razón es que la cultura, en sí misma, no se puede exigir. No la puede exigir el ciudadano y no la pueden exigir los poderes públicos. Los creadores de cultura –y en especial de arte– actúan con libertad. La inspiración sopla cuando quiere. Como escribió García Morente, “la estructura ontológica de la cultura se comprende en una sola palabra: libertad”. Además, igual que los teólogos dicen que la fe es un don, el arte también es un don, y al igual que el espíritu “sopla cuando quiere”, la inspiración baja cuando quiere.

Que no existe un derecho a la cultura lo confirman las grandes declaraciones de derechos. Según la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948), en su art. 27, “toda

persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Y según el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966), artículo 15. “toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural”. *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* –a la que el tratado de Lisboa ha dado carácter vinculante– sólo “reconoce y respeta el derecho *de las personas mayores* a [...] participar en la vida [...] cultural” (art. 25). El *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* del Consejo de Europa (hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950) no nombra la cultura. No hay, pues, un derecho a la cultura, sino un derecho a participar en la cultura.

1.2. *Referencias al Derecho comparado*

Los criterios que adoptan las Constituciones europeas respecto de la cultura se podrían clasificar en tres grupos: la sola atribución de *derechos* culturales a los ciudadanos; la imposición de *deberes culturales* a los poderes públicos y la correlativa atribución de *derechos* culturales a los ciudadanos; la sola impo-

sición de *deberes culturales* a los poderes públicos.

a) Una única Constitución europea, la portuguesa, atribuye un “derecho a la cultura”: según su art. 74, “todos tendrán derecho [...] a la cultura”. La expresión “derecho a la cultura” no se repite en ninguna otra. La Constitución belga, art. 23, habla del “derecho al desarrollo cultural y social”. La Constitución búlgara declara en su art. 54 que “todos tienen derecho a disfrutar de los valores culturales de la nación y de la humanidad, y a desarrollar su propia cultura, de conformidad con su pertenencia étnica, y a que esa cultura sea legalmente reconocida y garantizada”. La de Chequia proclama en el art. 34 que “el derecho de acceso a la riqueza cultural quedará garantizado en las condiciones que determine la ley”, y la de Eslovaquia, en el art. 43 prevé “el derecho acceso a la riqueza cultural” en los mismos términos.

Es llamativo el caso de Chipre, que sólo prevé, respecto de la cultura, el “derecho a la subvención”; según el artículo 108 de su Constitución, “Las comunidades griega y turca tienen derecho a recibir subvenciones de los gobiernos griego y turco respectivamente, para el desarrollo de su cultura”.

En otros textos constitucionales se habla de “derechos culturales”, en plural, porque en ellos se engloba el derecho a la educación, a la creación artística, a la fundación de entidades culturales y otros.

La Declaración Universal de Derechos Humanos está también en este grupo: su art. 27 afirma que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad [y] a gozar de las artes [...]”.

b) En el segundo grupo está la Constitución española, que consagra a la vez, en el art. 44 el *deber de los poderes públicos* de “promover y tutelar el acceso a la cultura”, y el *derecho de los ciudadanos* de acceder a la cultura. La Constitución polaca proclama en el art. 6 que “la República de Polonia creará los presupuestos que hagan posible el desarrollo de la cultura y el acceso igualitario a la misma, que es el origen de la identidad del pueblo polaco, de su existencia y de su desarrollo”, y en el art. 73 que: “se garantizará a todos la libertad de acceder a la cultura.

La Constitución de Lituania declara que “la cultura, la ciencia y la investigación son libres. El Estado promoverá la cultura y la ciencia, y velará por la protección de los monumentos y valores de la historia lituana,

de su arte y de las demás manifestaciones de su cultura”.

c) La Constitución griega afirma en el art. 24 que “es obligación del Estado la protección del entorno natural y cultural. La de Suecia declara (art. 2) que “la prosperidad personal, económica y cultural de cada ciudadano es la meta primordial de la actividad pública”. La italiana dice que “la República promoverá el desarrollo cultural, así como la investigación científica y técnica”, y la de Holanda, en su art. 22, que “el Estado y las demás Corporaciones jurídico-públicas crearán las condiciones que hagan posible el desarrollo social y cultural, y el aprovechamiento del tiempo libre”. La Constitución de Malta establece en su art. 8 que “el Estado promoverá el desarrollo de la cultura”.

La Constitución de Croacia dispone en su art. 62 que “La República está obligada [...] a crear las condiciones culturales, sociales, materiales y de educación que hagan posible el derecho a llevar una vida digna”. En el art. 64 añade que “el Estado adoptará las medidas que sean necesarias para la protección, el fomento y la estima de las obras de arte y de los artistas, así como para la extensión de la sensibilidad artística”.

En este último grupo están también las Constituciones de los *Länder* alemanes, que no hablan en ningún momento de derechos relativos a la cultura, sino únicamente de obligaciones de los Estados: el art. 20 Constitución de Berlín dice que “el Estado protegerá y fomentará la vida cultural” (*Das Land schützt und fördert das kulturelle Leben*); el art. 18 Constitución de Nordrhein-Westfalen dice que “el arte ha de ser cuidado y fomentado por el Estado y las Comunidades” (*Kunst [ist] durch Land und Gemeinden zu pflegen und zu fördern*); el art. 3 c) de la Constitución de Baden-Württemberg dice que “el Estado y los Municipios fomentarán la vida cultural” (*Der Staat und die Gemeinden fördern das kulturelle Leben*). La Constitución de Thüringen –una de las últimas redactadas, en 1993– tiene un capítulo que lleva como epígrafe: “Formación y cultura” (*Bildung und Kultur*); y es muy revelador que en su art 20 diga que “todo hombre tiene derecho a una formación” (*Jeder Mensch hat das Recht auf Bildung*), y sin embargo en el art. 30 se limite a decir que “la cultura y el arte gozarán de la protección y la promoción del Estado y de sus entidades territoriales” (*Kultur, Kunst, Brauchtum genießen Schutz und Förderung durch das Land und seine Gebietskörperschaften*).

Una perspectiva original, que queda fuera de esos tres grupos –aunque se aproxima al tercero–, es la de Letonia, que sólo contempla el *deber general* de protección de la cultura. Según su art. 43, la *Ley constitucional sobre los derechos humanos y cívicos* de 1991: “La protección de la naturaleza, de las manifestaciones culturales, de los monumentos históricos y arquitectónicos y del medio ambiente es un responsabilidad que pesa sobre cada persona, sobre el conjunto de la sociedad y sobre el Estado”.

1.3. *Naturaleza jurídica del derecho a la cultura en nuestro ordenamiento*

El “derecho a la cultura” o “derecho de acceso a la cultura” que establece la Constitución española no es un derecho fundamental, no es uno de los derechos consagrados en la Sección 1^a del Capítulo II del Título I, y por tanto no tiene la protección reforzada del art. 53. Y no existen derechos fundamentales fuera de esa Sección, salvo –como ha advertido el Tribunal Constitucional⁴– “los que conecten o engarcen con alguno de los derechos de Sección 1^a del Capítulo II del Título I” –como el derecho a la motivación de las sentencias o el derecho a la ejecución de las

⁴ L. M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid 2003, pág. 89.

resoluciones judiciales firmes-. Y el “derecho de acceso a la cultura” no es un derecho conexo a ningún otro; tampoco al “derecho a la creación literaria y artística”, que contempla el art. 20, y que sí es un derecho fundamental. No tiene nada que ver el derecho *a la creación* con el derecho *a acceder a la creación*.

La sentencia del TC 71/1997 afirma que “el derecho de acceso a la cultura, que se recoge en el art. 44 CE, no ha sido configurado como uno de los derechos y libertades fundamentales [...] y ello supone necesariamente una distinta modulación en cuanto a su invocabilidad, en cuanto a su contenido esencial y, muy especialmente, en cuanto a la imposibilidad de fundar competencialmente una disposición o actuación del Estado en orden a garantizar una igualdad básica de los españoles en su ejercicio”.

El “derecho de acceso a la cultura” es un derecho de prestación⁵. Los derechos de pres-

⁵ En la doctrina se habla tanto del derecho de acceso a la cultura como un “derecho de participación” como de un “derecho de prestación”, considerando que ambos aspectos no son del todo redundantes. El art. 8 de la Ley de Patrimonio Histórico Español que contempla una acción pública para que todos los ciudadanos participen en la defensa de los bienes del patrimonio histórico, y el art. 10 de la misma ley, al atribuir a cualquier persona la

tación son de dos tipos: los que facultan para exigir un beneficio (una prestación en sentido estricto) y los que facultan para acceder a un servicio público⁶. El derecho de acceso a la cultura está dentro de este segundo grupo. Faculta para acceder a un servicio público: el servicio público cultural. La *idea de acceso* es una cuestión clave en materia de cultura, y sobre todo de política cultural. ¿Cómo se debe *dar acceso* a la cultura? La idea de acceso se enfrenta con dos realidades que son antitéticas: el disfrute y la conservación. Llevada al extremo una de ellas, queda anulada la otra. Acceso universal e ilimitado en el tiempo y en el espacio, conservación imposible. Conservación absoluta, perfecta, intacta, acceso imposible. Los poderes públicos suelen bus-

legitimación para la solicitar la incoación del expediente de declaración de un Bien de Interés Cultural, justifica la naturaleza participativa del derecho de acceso a la cultura. Sin embargo, a lo largo de este trabajo por referimos principalmente a las relaciones entre arte y poder, interesa más la dimensión prestacional que la participativa del derecho de acceso a la cultura. B. González Moreno, *Estado de cultura, Derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid 2003, págs. 163 y ss., aborda esta cuestión.

⁶ En la medida en que el derecho de acceso a la cultura es considerado como un derecho de prestación, su estudio participa de las notas propias de tratamiento dogmático de los derechos sociales, que son los clásicos derechos de prestación. J. R. Cossio Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid 1989. B. González Moreno, *Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid 2002.

car puntos intermedios, pero a veces caen en los extremos, como el cierre de las cuevas de Altamira o el establecimiento de la gratuidad de los museos⁷.

No hay en los derechos de prestación una exigibilidad directa, *ex constitutione*. Si la hubiera –como ha escrito el prof. L. M. Díez-Picazo– las finanzas públicas las llevarían los jueces. Todo se cocinaría entre el particular, la Constitución y el juez. No: la exigibilidad sólo puede proceder de la ley, de los reglamentos y de la política cultural que se desarrolle en el ámbito de actuación que permitan una y otros.

Antes hemos dicho que, desde la perspectiva del poder, la cultura es un servicio público⁸. La idea del “servicio público cultural” es

⁷ G. Rolla, *El museo como servicio público local. Propuestas para la organización gestión de un sistema local de museos*, en “Patrimonio cultural y Derecho”, 2, 1998, págs. 91 y ss. J. García Fernández, *El régimen jurídico de los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal conforme a la Constitución*, en “Patrimonio cultural y Derecho”, 3, 1999, págs. 179 y ss.

⁸ La expresión “servicio público” no es empleada aquí en el sentido técnico estricto del Derecho administrativo. Si fuera así, el titular del servicio sería el Estado, los particulares sólo podrían acceder a la prestación del servicio mediante concesión, y, en todo caso, el poder público conservaría las potestades de inspección y control de la prestación. Obviamente, el instituto jurídico del

sostenida, con bastante generalidad, por los autores. El propio art. 149 CE habla de “servicio de la cultura”, y dice de él que es “un deber y atribución esencial de la cultura”. En el art. 50 CE también considera la cultura un “servicio”, y si habla de “servicio *social*” es porque ese artículo se refiere a la tercera edad, concretamente a la tercera edad que tenga “problemas de cultura”.

Lo que tiene de particular ese “servicio público” referido a la cultura es que se trata de un *servicio puramente instrumental*. El objeto

servicio público en su sentido originario sólo puede aplicarse a las actividades de contenido económico (suministros de gas, agua, electricidad, etc.), pero no a las actividades que constituyen un derecho fundamental (como es el derecho a la educación), ni a aquellas otras como la cultura en general o el arte en particular, en las que el Estado debe ser neutral. Con posterioridad a ese sentido originario se habla también de “servicios públicos asistenciales”, cuyo contenido es la atención médica o la televisión, sobre las que el poder público no ejerce ya las prerrogativas administrativas del mismo modo que lo hacía sobre los servicios públicos que tenían una actividad de contenido económico. Si se acepta la calificación como servicio público del acceso a la cultura, habría que hablar, por tanto, de una tercera categoría “servicios públicos de mediación”, pues las razones que se aducen para el control público de los servicios públicos asistenciales, no son de plena aplicación al arte y la cultura. B. González Moreno, *Estado de cultura, Derechos culturales*, págs. 236-243, examina la adecuación de los elementos característicos del servicio público a la actividad cultural de la Administración pública.

de ese servicio no es, naturalmente la creación de cultura. El objeto de ese servicio es doble: por un lado *fomentar la cultura*, y por otro *facilitar el acceso a la cultura*. Se podría decir que el servicio público de cultura es un *servicio de mediación* entre creadores y público.

2. *El reparto de competencias en materia de cultura*

Como criterio general, la Constitución española no establece competencias exclusivas ni reparto de competencias en materia de cultura. La cultura es un “deber” que, como dice el art. 44 ap. 1 CE, deben cumplir “todos los poderes públicos”. Que la cultura es una competencia *no dividida ni repartida* lo han dicho todos los autores con distintos adjetivos: competencia paralela, competencia indistinta, competencia concurrente, competencia compartida. También se han utilizado fórmulas más barrocas, como “compartición de competencias exclusivas”, “competencia alternativa condicionada” y “competencias concurrenciales plenas”.

Es verdad que hay un aparente reparto, a la vista de los arts. 149, ap. 2 y 148, ap. 1, porque al Estado se le encomienda “el servicio de la cultura” y a las Comunidades se les encomienda “el fomento de la cultura”. Pero

si se intercambiaran los términos no pasaría nada. Si al Estado se le encomienda “el fomento” y a las Comunidades “el servicio”, todo quedaría igual. La Constitución tiene una especial locuacidad al hablar de la cultura en el título VIII: habla de servicio, de deber, de atribución, de fomento. Bastaría, con que hubiera hablado de “servicio”: por un lado, porque el fomento es una parte de ese servicio, y por otro, porque el que sea un deber lo dice ya el art. 44. Y “atribución” –el “servicio de la cultura” es “un deber y *una atribución*”– no quiere decir nada: la atribución la hace la Constitución ni necesidad de decir que atribuye.

2.1. *Jurisprudencia constitucional*

En la importante Sentencia 49/1984 del TC se afirma que “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, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura». [...] Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica, en el sentido de que más que un

reparto competencial vertical, lo que se produce es una *conurrencia de competencias* ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente. Que en materia cultural es destacada la acción autonómica es algo inherente a la Comunidad (art. 2 de la C.E.). Que a su vez al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, 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, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional.

En fecha más reciente, la Sentencia 194/2004 (sobre la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres), ha reiterado la doctrina de la Sentencia 49/1984 –citándola–, y ha dicho –*obiter dicta*– [...] no estamos [en la cuestión que examinaba] ante competencias concurrentes en el sentido descrito en el art. 149.2 CE a propósito de la cultura, materia en la que, sin perjuicio de las competencias asumidas por cada Comunidad en su Estatuto, el Estado conserva otras suyas

porque considera “el servicio de la cultura como deber y atribución esencial” suyo (arts. 149.2 CE), de tal manera que el Estado y tal o cual Comunidad pueden ejercer competencias sobre cultura con independencia el uno de la otra, aunque de modo concurrente en la persecución de unos mismos objetivos genéricos o, al menos, de objetivos culturales compatibles entre sí”.

Hay sin embargo dos sentencias intermedias, la 109/1996 y la 71/1997 –y se podría citar alguna otra más antigua, como la 17/1991– en que el TC matiza la idea de la competencia concurrente en materia de cultura. Parece que en el trasfondo de esa matización hay dos ideas: a) sobre determinadas cuestiones culturales, las Comunidades tienen un área de competencia exclusiva: patrimonio histórico, museos, espectáculos, medios de comunicación social, subvenciones...; b) cuando se trata de aspectos más locales de la cultura, la competencia preferente tiene que ser la local.

Dice la Sentencia 109/1996 que “la competencia sobre cultura no puede convertirse en un título universal desde el que puedan realizarse indistintamente todas y las mismas funciones que pueden realizarse desde otras competencias específicas que tienen aspectos culturales, con el argumento de que esos

aspectos permiten una intervención superpuesta y duplicada. Debe tenerse presente que son muchas las materias competenciales específicamente contempladas en el bloque de la constitucionalidad que tienen un contenido cultural, desde la enseñanza hasta los diversos medios de comunicación social, pasando por las bibliotecas, los espectáculos, el deporte o la artesanía. Por ello, aceptar que desde la competencia de cultura pudieran realizarse, sin ningún límite, cualquier actividad de normación o de ejecución sería tanto como convertir en concurrentes, no ya las competencias sobre cultura, sino la competencia de cultura del Estado con todas las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas con elementos culturales, lo que a su vez supondría convertir en vano el esfuerzo realizado por el legislador constitucional y estatutario por dar un tratamiento diferenciado a estas competencias específicas y por precisar en cada caso el reparto concreto de funciones correspondientes. La competencia sobre cultura no es, pues, un título que le permita al Estado realizar indistintamente las mismas actividades normativas y de ejecución que tiene atribuidas las Comunidades Autónomas en las muy variadas competencias que tienen ese contenido cultural. El Estado tiene reconocida una amplia capacidad para determinar cuales son museos y en general los bienes y establecimientos culturales que re-

quieren una actuación unificada, pero respecto de los que han quedado bajo la titularidad exclusiva de las Comunidades Autónomas no puede retener exactamente las mismas facultades”.

Por eso hay que tener en cuenta, dice la sentencia, “el caso en el que el Estado ostenta un *título competencial genérico*, básico o de coordinación que se entrecruza con una *competencia exclusiva* de las Comunidades Autónomas sobre una materia”. El TC no da una doctrina general para resolver ese “entrecruzamiento”. En el caso examinado en esa sentencia se trataba de unas subvenciones. Y el TC dice que el Estado puede “determinar de forma genérica su destino y regular las condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita la competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación”.

La Sentencia 71/1997 contempla también un caso de “entrecruzamiento”, y dice que “el Estado [sobre la base del 149.2] puede desempeñar una actividad genérica de fomento y apoyo a las diversas manifestaciones culturales, aunque en este supuesto [...] deberá limi-

tarse a prever las ayudas que estime pertinentes sin llevar a cabo otras actividades normativas y de gestión superpuestas o duplicadas respecto de las que corresponden a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia de cultura”. En este caso se trataba de “ayudas al sector del libro”. El TC se manifiesta restrictivo respecto de la intervención del Estado cuando hay una competencia autonómica explícita: “el alcance de esta actividad genérica de fomento debe delimitarse con sumo cuidado”, dice. La actuación del Estado dice también, que “reservada para los casos en que resulte imprescindible”.

Se ha dicho que el art. 149 tiene presente *una cultura única*, una cultura que podríamos llamar nacional, y el art. 148 *una pluralidad de culturas*, que podríamos llamar *territoriales*. Y quizá el *Preámbulo* de la Constitución podría dar pie a ello, porque habla en el párrafo tercero de *las culturas* y en el párrafo cuarto de *la cultura*. El Tribunal Constitucional ha acuñado el término “patrimonio cultural común”, y ha tratado de circunscribir el servicio cultural del Estado a la «preservación del patrimonio cultural común».

2.2. *Consideración conclusiva*

La idea de circunscribir la actuación del Estado al “patrimonio cultural común” no

resulta plenamente compartible, por dos razones, cada una de las cuales parte de una perspectiva distinta: la del Estado y la de las Comunidades:

a) Cuando la Constitución atribuye al Estado la competencia de “servicio de la cultura”, el término cultura ha de entenderse referido a *todas las culturas*: tanto la “común”, como las territoriales, como las extranjeras.

1^a Porque *ubi lex non distinguit* no hay por qué andar haciendo distinciones.

2^a Porque tan “estatal” o “española” es la cultura “común” como cualquiera de las culturas territoriales. La cultura catalana o la vasca son “culturas del Estado”, como el catalán y el vasco son “lenguas españolas” (art. 3, ap. 2) o “lenguas del Estado español”. Es cierto que si el Estado va adoptar una medida concreta de fomento de la cultura catalana o la vasca, debería hacerlo “de acuerdo con las Comunidades Autónomas”, igual que “la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas” debe hacerla, porque se lo impone así el art. 149.2 in fine, “de acuerdo con ellas”.

3^a Porque el Estado tiene que facilitar también el acceso a culturas extranjeras. Tiene que promover traducciones de literatura extranjera, tiene que promover exposiciones temporales de obras plásticas que se custodien en museos del extranjero... En este sentido resulta muy ilustrativa la Constitución búlgara, cuando declara en su art 54 que “todos tienen derecho a disfrutar de los valores culturales de la nación y *de la humanidad*”.

b) Cuando la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia de “fomento de la cultura” no está limitando esa cultura a la autonómica o territorial, sino que esa competencia puede –e incluso debe– extenderse a la cultura “común” y a las culturas extranjeras. Las Comunidades tienen que fomentar la cultura en general: tanto la propia de su territorio como cualquier otra, española, europea o asiática, porque todas benefician a sus ciudadanos. No estaría justificado que la Constitución limitara el “fomento de la cultura” que impone a la Comunidades a la cultura propia de su territorio. Y además de no estar justificado, no lo hace, porque en el inciso final del 148, ap. 1, 17, el genitivo “de la Comunidad Autónoma” se refiere sólo a las palabras inmediatamente anteriores: “la ense-

ñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma”.

c) Y por último, no parece que tenga mucho sentido distinguir entre cultura nacional –o común, para emplear el término del TC– y culturas autonómicas, porque no parece que exista una cultura nacional *sincrética*, sino *compuesta*: formada por elementos de culturas territoriales más o menos compartidos por la generalidad de los ciudadanos. A menos que se caiga en la aberración de considerar que la cultura castellana o madrileña es *más nacional* que otras culturas territoriales.

3. *La preservación de la diversidad cultural*

3.1. *Convenio de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*

Cuando el profesor Huster escribió su trabajo *Kultur im Verfassungsstaat*⁹, no estaba aún aprobado el *Convenio sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* y de ahí que se limite a citar el proyecto sin entrar en él. Hoy, ese convenio de la UNESCO está ratificado por 63

⁹ Publicado en la revista *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 65, año 2006.

Estados, entre ellos España. Su contenido normativo es escaso. Sus 35 artículos contienen definiciones, principios y facultades de actuación (“las Partes podrán”, “las Partes procurarán”, “las Partes se esforzarán”, “las Partes promoverán”...) que los Estados miembros ya tienen por el hecho de su soberanía. Los escasos preceptos realmente normativos son llamativamente perifrásticos: según el art. 10, “las Partes deberán: a) propiciar y promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad de las expresiones culturales mediante, entre otros medios, programas de educación y mayor sensibilización del público; b) cooperar con otras Partes y organizaciones internacionales y regionales para alcanzar los objetivos del presente artículo; c) esforzarse por alentar la creatividad y fortalecer las capacidades de producción mediante el establecimiento de programas de educación, formación e intercambios en el ámbito de las industrias culturales. Estas medidas deberán aplicarse de manera que no tengan repercusiones negativas en las formas tradicionales de producción”.

El Convenio de la UNESCO no supone, para España, un paso más en la garantía del pluralismo cultural, claramente cimentado en la Constitución, desde la propia referencia a las “culturas”, en plural, de los “pueblos de

España”, que hace el párr. 3º del *Preámbulo*. Esa garantía del pluralismo cultural tiene un reflejo concreto en diversos aspectos de la cultura, como el idioma (según el art. 3, “la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección”) o los medios públicos de comunicación social (que según el art. 20 deben respetar “el pluralismo de la sociedad”).

En los Estados federales y confederados europeos, la cultura es una atribución exclusiva de los diversos Estados federados o confederados. En Alemania, por ejemplo, la *Bundesrepublik* no tiene más competencia cultural que la protección del patrimonio histórico frente a la exportación (art. 75.4 GG). Ya hemos visto que en España, los arts. 149, ap. 2 y 148, ap. 1, CE encomiendan al Estado “el servicio de la cultura” y a las Comunidades Autónomas “el fomento de la cultura”. Y aunque la idea predominante es que al Estado le corresponde la promoción de la cultura “común”, puede sostenerse con fundamento que también le corresponde al Estado la promoción de las culturas territoriales.

3.2. La preservación de la diversidad y la libertad cultural

Cabe plantearse si el deber de los poderes públicos de preservar la diversidad cultural puede entrar en conflicto con la libertad cultural. Dicho de otro modo, ¿no aparecen como contradictorios los deberes de protección de la diversidad cultural y la propia estructura ontológica de la cultura que es la libertad?¹⁰ Ciertamente, así parece a primera vista. La respuesta requiere anotar que en la medida en que se protege la diversidad, se está protegiendo la pluralidad cultural y ésta permitiría un mejor ejercicio de la libertad. O si se prefiere, allí donde se observa pluralismo cultural, puede suponerse que se ha permitido el libre ejercicio de los derechos culturales. Así entendida, la preservación de la diversidad cultural permite el ejercicio de la esencia de la cultura (la libertad). Ahora bien, si por preservación de la diversidad cultural se pretendiera la protección a ultranza de prácticas culturales que atentan contra la dignidad humana¹¹, entendemos que estaríamos ante un límite a los poderes públicos de su

¹⁰ Cfr. la cita de García Morente, mencionada en el apartado 1.1.

¹¹ Suele citarse como ejemplo, entre otros, la pena de lapidación por adulterio para la mujer practicada en algunas culturas africanas.

deber de protección de la diversidad cultural. Así pues, “la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana”¹². Y a la vez, nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional, ni para limitar su alcance. En suma, el deber de los poderes públicos de preservar la diversidad cultural vendría a ser un aspecto más dentro del “servicio público de mediación” al que se ha hecho referencia, y que se opone a cualquier intento por parte del poder político¹³ de imponer un determinado tipo de cultura¹⁴.

¹² Parafraseamos el art. 4 de la Declaración de la UNESCO sobre Diversidad cultural de 2 de Noviembre de 2001.

¹³ “El pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural” (art. 2) de la misma Declaración.

¹⁴ En este sentido, la concepción de las relaciones entre poder y cultura de la Declaración de la UNESCO contrastan con las afirmaciones de Heller en su famosa teoría del Estado, para quien “un poder político es tanto más firme cuanto más consiga hacer que sea reconocida la pretensión de obligatoriedad para sus propias ideas y ordenaciones normativas y para las reglas de la costumbre, moral y derecho por él aceptadas y que son, al mismo tiempo, su fundamento. Su prestigio político crece si se logra que el tipo de cultura representado políticamente por él sea adoptado como modelo para la formación de la vida. (...) Por eso concede tanta importancia el Estado moderno a la política cultural en el interior y a la

4. *La neutralidad estética del Estado*

4.1. *“Ceguera estética” del poder público*

De los dos aspectos que tiene el “servicio público” de cultura –fomento y acceso–, el de *fomento* es el que más exige de los poderes públicos la toma de decisiones: como es evidente que no puede fomentar *toda* actividad artística o literaria. Los poderes públicos tienen que optar: tienen que dar algunas subvenciones, no ilimitadas subvenciones; tienen que dar un premio a un autor o a una obra, no a todos los autores ni todas las obras; tienen que comprar un cuadro para un museo –o cincuenta cuadros–, pero no pueden comprarlos todos. Al tomar esas decisiones, el Estado –y los demás poderes– ¿tienen que ser estéticamente neutro? ¿Tiene que ser “ciego a los valores” –para emplear la expresión del prof. Joseph Isensee¹⁵–? ¿No puede atender a los valores de lo bueno y lo malo, lo bello y lo feo?

propaganda cultural en el exterior, ningún Estado puede renunciar a la utilización de los poderes espirituales para sus fines”, H. Heller, *Teoría del Estado*, México, 1987, pág. 225, traduc. del original alemán *Staatslehre*, Leiden, 1934, a cargo de L. Tobío. Sobre el tema, B. González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, 2003, págs. 61 y ss.

¹⁵ Citado por Huster: *Archiv für Politik*, 1993, 621.

El prof. Huster hace una distinción muy clara entre el *derecho a la creatividad* y el *fomento del arte*. A la creatividad no le puede tener límites estéticos; respecto ella sí que tiene que ser el Estado que ser estéticamente neutro o “estéticamente ciego” –para utilizar la expresión de Isensee–. El Tribunal Constitucional alemán lo ha dicho rotundamente: “Un control de los contenidos es constitucionalmente inadmisibile”. En este sentido hay que interpretar también la afirmación que hace en otra sentencia de que “el arte no es susceptible de un control de su estilo o de su nivel por el Estado”.

Hay casos históricos muy llamativos de control de la creatividad, como aquel “Salón de los Rechazados” (*Salon de Refusés*) inventado por Napoleón III para exponer las obras excluidas de participar en los premios nacionales, y quedaran así sometidas a la ridiculización y el escarnio público, o la adscripción de numerosos artistas plásticos al epígrafe del “arte degenerado” (*entartete Kunst*) en el III Reich, o la *Bücherverbrennung* del 10 de mayo de 1933 de la plaza de la Ópera de Berlín, que luego se extendió a la quema de libros en otras veintidós ciudades.

Pero cosa muy distinta es el fomento del arte. Respecto de ella se pronuncia del prof. Huster de manera rotunda: “El fomento del

arte por el Estado nunca puede ser sino un fomento selectivo, regido prioritariamente por criterios de calidad”. El Tribunal Constitucional alemán ha dicho de modo igualmente rotundo que “un fomento indiscriminado dejaría incumplida la misión del Estado, [porque] sustraería recursos estatales al eficaz fomento de logros artísticos realmente necesarios de él”.

Son muchos los casos en que los poderes públicos tienen que tomar decisiones estéticas, casos que van más allá del que habitualmente se tiene presente que es el de las subvenciones:

a) La inclusión –o no– de bienes en el Registro de Bienes de Interés Cultural o en el Inventario de Bienes Muebles.

b) La aceptación –o no– del pago de deudas tributarias (en los impuestos de donaciones y sucesiones, patrimonio, renta de las personas físicas, y sociedades) a través de la entrega de obras de arte.

c) La adquisición de obras de arte con el 1% del presupuesto de las obras públicas financiadas total o parcialmente por el Estado.

Es muy significativo que en el caso del pago del impuesto con obras de arte, uno de los trámites sea el dictamen favorable de la Comisión de Calificación y Valoración. ¿Qué es “calificar y valorar” sino hacer un *juicio de valor estético* y –como consecuencia del juicio de valor estético– un juicio de valor económico o pecuniario?

Los *juicios estéticos de valor* entroncan con el tema de la *neutralidad ideológica* de los poderes públicos. El Estado tiene que ser ideológicamente neutro y también estéticamente neutro¹⁶. El Estado no puede adscribirse a una escuela filosófica o a un movimiento artístico. El Estado no fijar ni promulgar *directrices* sobre cuestiones filosóficas o estéticas. Por tanto, parece que sí tiene que ser, además de éticamente neutro, estéticamente neutro.

Pero cosa distinta de los criterios generales o las directrices preconcebidas sobre cuestiones estéticas, son las decisiones que los poderes públicos tienen que tomar en cuestiones

¹⁶ En la Constitución no está formulado un deber de neutralidad ideológica del Estado. Sólo hay un principio de aconfesionalidad; pero esa aconfesionalidad ¿se extiende a las creencias filosóficas o estéticas? Suele aducirse un argumento constitucional para responder afirmativamente, que es el art. 1 CE, que impone el respeto al pluralismo.

concretas, como la concesión de subvenciones o la adquisición de cuadros para los museos estatales. Lo que la neutralidad estética excluye son las *preferencias*, pero no que las decisiones concretas se adopten mediante *valoraciones objetivas*.

Es evidente que aquí surge una pregunta inmediata: ¿caben valoraciones objetivas en cuestiones de arte? En la respuesta entra en juego la concepción que se tenga de los valores. Los que reconozcan una entidad objetiva a los valores –sea al estilo neokantiano o schelleriano– dirán que sí. Los que no reconozcan una entidad objetiva a los valores, dirán que no.

Si no caben valoraciones objetivas del arte, si no hay arte que sea en sí mismo bueno o malo, feo o bonito –dicho con consciente simplismo–, la política cultural no podrá hacer distinciones, y cualquier decisión que se tome habrá de darse por buena.

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. Como dice muy bien el art. 43 de la Constitución portuguesa, “el Estado no

podrá arrogarse el derecho de programar la cultura en virtud de directrices filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas o religiosas”.

En estos últimos tiempos se han tomado medidas acertadas para que algunas cuestiones que entrañan –de manera mediata o inmediata– valoraciones estéticas se resuelvan con criterios técnicos, y queden alejadas de posibles injerencias políticas. Entre ellas están, entre otras, las relativas al nombramiento del director del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía –en el que participan los directores de los principales museos de arte contemporáneo de Europa–, y a la composición del jurado que ha de conferir el Premio Cervantes de Literatura –aunque, tras la nueva regulación de 2008, se mantiene la participación de dos “personalidades”¹⁷ designadas por el director del Instituto Cervantes y por el ministro de cultura–.

4.2. *¿Límites a la expresión artística?*

Ciertamente, a la relación entre arte y poder corresponde un tratamiento jurídico distinto al que debe otorgarse a la libertad de expresión artística. No obstante, hay algún aspecto en el que un tratamiento –sino no

¹⁷ Orden del Ministerio de Cultura de 16 de abril de 2009.

completo, al menos suficiente— de las relaciones entre arte y poder requiere de alguna referencia a la libertad de expresión artística; en concreto, conviene preguntarse si el poder es competente para trazar límites a la libertad de expresión artística.

Ya se ha dejado constancia de que no es posible poner límites a la expresión artística atendiendo a criterios estéticos, pero ¿tienen cabida otros criterios? Tanto la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán¹⁸ como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹ han confirmado la competencia de los poderes públicos para limitar la

¹⁸ En la decisión conocida como *Mephisto-Beschluß* (BVerfGE, 30, 173, págs. 188 y ss.), se trataba de una obra teatral, cuya representación fue prohibida, porque podía entenderse que hería al pueblo judío. Desde el punto de vista de los argumentos de Derecho, su importancia radica en que contiene el primer intento del Tribunal constitucional federal de ofrecer un concepto constitucional de arte.

¹⁹ En el caso *Otto-Preminger-Institut contra Austria*, de 20 septiembre 1994, era un largometraje satírico titulado *Das Liebeskonzil*, basado sobre una obra teatral del siglo XIX. La película iba a proyectarse en la sala de la asociación demandante, en Innsbruck, a la que tenía acceso el público, exceptuados los menores de diecisiete años. Los tribunales austríacos decretaron el secuestro y la prohibición de la película, en aplicación de la ley austríaca, que castiga el ultraje o escarnio a personas religiosas, objetos de veneración o doctrinas. El Tribunal afirmó que es imposible “llegar a una definición

publicidad de determinadas formas de expresión artística (en el teatro, el cine), por considerar que ese tipo de expresiones artísticas lesionaban otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. También hay pronunciamientos judiciales en los que el resultado de la ponderación es la prevalencia de la libertad de expresión²⁰, pero se trataba en estos últimos casos de libertad de expresión de ideas por medio de escritos, no de libertad de expresión artística. En todo caso aquí conviene dejar constancia de que si bien la libertad de expresión artística apenas puede –y quizá tampoco debe– ser limitada por los poderes públicos, éstos sí deben abstenerse de conceder subvenciones a aquellas mani-

comprehensiva de lo que constituye una injerencia permisible en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando tal expresión va contra los sentimientos religiosos de otros”, y, en consecuencia, debe dejarse un margen de apreciación a las autoridades nacionales. (Otto-Preminger-Institut, § 50). En *Wingrove contra Reino Unido*, de 25 noviembre 1996, se trataba de un cortometraje en vídeo, que contenía una particular interpretación de los éxtasis de Santa Teresa de Ávila. No contenía ningún diálogo, sino sólo música e imágenes calificadas por su autor como pornográficas. El cortometraje no obtuvo la licencia necesaria por parte del órgano administrativo competente en materia de calificación cinematográfica (British Board of Film Classification); denegación posteriormente confirmada en vía judicial.

²⁰ *Paturel contra Francia*, 22 diciembre 2005; *Giniewski contra Francia*, 31 enero 2006; y *Aydin Tatlav contra Turquía*, 2 mayo 2006.

festaciones artísticas en las que se lesione alguno de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. La neutralidad del Estado obliga a los poderes públicos tanto a no limitar lo menos posible cualquier expresión artística como a no fomentar con fondos públicos, aquellas expresiones que manifiestamente sean contrarias a otros bienes constitucionalmente protegidos²¹.

5. El fundamento de la actividad cultural del Estado

5.1. El arte como bien público

Una de las cuestiones a la que el prof. Huster dedica mayor extensión en su ponencia es la del fundamento de la actividad cultural del Estado.

Rechaza que ese fundamento radique en una *función social dirigida a los artistas*. El servicio cultural no es una especie de *seguridad social* de los artistas. No tiene como meta –escribe– “asegurar el sustento de los artis-

²¹ Sobre el tema, puede verse J. M. Martínez-Torrón, *Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del tribunal europeo de derechos humanos*, en iustel.com, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 11, 2006.

tas”. Sí tiene el servicio cultural –dice Huster– una función social, pero referida a los consumidores de arte. La alta cultura es costosa, y sólo podría acceder a ella la gente pudiente. Las subvenciones a los espectáculos que exigen mayor infraestructura –habría que incluir entre ellos la ópera, la música sinfónica, el teatro clásico...– hacen posible que esos espectáculos sean accesibles a las personas de menores recursos. Pero Huster es pesimista en cuanto a la eficacia real de esa financiación pública de la alta cultura, porque los estudios sociológicos demuestran que la alta cultura sólo la consumen las clases sociales altas.

Quizá por esas dos razones, Huster rechaza que el fundamento de la actividad cultural del Estado sea una función social²²: en cuanto a los artistas, porque no es su finalidad; en cuanto a los consumidores de arte, porque no es eficaz.

Un posible segundo fundamento radica en la corrección del mercado. Los poderes públicos –dice Huster– reaccionan frente al “fracaso estético del mercado”. La experiencia diaria nos muestra que el mercado del arte no se

²² Una crítica a la separación de la actividad cultural del Estado respecto a su función social puede verse en C. Starck, *Buchbesprechung zur S. Huster Die ethische Neutralität des Staates*, en “Archiv des öffentlichen Recht”, 131, 2006, págs. 145-148.

rige por criterios éticos, sino por criterios económicos. Y, como dijo entre nosotros José María Valverde, *nulla esthetica sine etica*²³. Al no prevalecer los criterios éticos, la estética queda denigrada: se venden los cuadros y los libros que se anuncian, muchas veces a través de una publicidad que crea auténtica ansiedad en los consumidores. Tenemos en España un caso muy reciente, de una obra que se lanza ya como *best-seller* sin que un solo lector imparcial –el editor no lo es– la haya leído ni juzgado. Se recomienda a los interesados que reserven un ejemplar en las librerías, porque posiblemente –a pesar de que la primera edición es de un millón de ejemplares– se agotará el primer día y no podrán llegar a adquirirla. Hay otro caso muy llamativo de falseamiento del mercado, que es un conocido premio literario cuya dotación es de las más altas: 130.000 euros. Ese dinero no se entrega al autor, sino al editor. El destino es la promoción de la obra. Inyectar en el mercado 130.000 euros de publicidad produce un ensalzamiento –un tanto artificial– de una obra en perjuicio de las otras que pueden tener igual o, en algunos casos, mayor valor.

²³ En el mismo sentido, L. N. Tolstói, *¿Qué es el arte?*, Introducción y traducción de V. Moreno Ballesteros, Pamplona, 2007, pág. 21, “para producir una impresión estética es indispensable saber qué es el bien y qué el mal” (...) “La estética es la expresión de la ética”.

El tercer fundamento posible –por el que Huster se inclina– es la consideración del arte como bien público²⁴. La existencia de un “arte estéticamente ambicioso” –*ästhetisch ambitionierte Kunst*, es la expresión que suele utilizar eufemísticamente Huster, porque parece eludir una referencia más directa a un *arte valioso*– produce diversos efectos favorables en la sociedad:

a) Crea al ciudadano un entorno intelectual y estético más rico, matizado y complejo.

b) Aumenta la capacidad del lenguaje, y con ello de expresar matices de pensamiento y de sentimiento.

c) Las grandes obras de arte influyen en la percepción de la realidad, porque permiten nuevos modos de ver las cosas.

d) Y habría que añadir que la cultura crea un tipo humano con rasgos psicológicos propios: el hombre culto, que por serlo, es más reflexivo y más crítico, y por tanto más libre.

²⁴ S. Huster, *Kultur im Verfassungsstaat*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, número 65, pág. 62.

5.2. *La ponderación del arte con otros bienes públicos*

6. *El Estado de Cultura*

6.1. *Origen y vigencia de la expresión “Estado de cultura”*

Llama la atención que, siendo una expresión acuñada en Alemania –Fichte, Humboldt y Friedrich Schlegel fueron los primeros en utilizarla, y lo hicieron casi a la vez–, el prof. Huster no trate la idea del Estado de Cultura, aunque hace una referencia incidental a ella cuando alude a las “reflexiones tradicionales” sobre “el papel de la sociedad en el Estado de Cultura”, y se limite a remitir en nota a pie de página a las obras de Huber, Geis, Jung y Häberle. Probablemente es una cuestión que se haya quedado, como dice Huster, en “reflexiones tradicionales”, y no suscita hoy día demasiado interés en Alemania: una prueba de ello es que la última obra de Huster considera de interés sobre este tema fue escrito hace un cuarto de siglo: *Estado Cultural y Derecho constitucional de la cultura (Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht)*, dirigida por Peter Häberle y publicada en 1982.

La única referencia constitucional que se ha hecho en Alemania al Estado de Cultura se

introdujo en la Constitución de Baviera, que es del año 1946. En su artículo 3 se dice que “Baviera es un Estado de derecho cultural y social” (*Rechts-, Kultur- und Sozialstaat*). Pero el propio Tribunal Constitucional de Baviera ha minimizado el alcance de esta proclamación constitucional: si ya es difícil precisar el concepto de cultura –ha venido a decir–, aún más lo es determinar el sentido exacto del concepto de Estado de Cultura. En el Tratado de Unificación (*Einigungsvertrag*) de ambas Alemanias, firmado el 31 de agosto de 1990, se habla de Alemania como Estado de Cultura.

En el marco de la interpretación del Art. 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental, se emplea frecuentemente el concepto de “Constitución cultural” (*Kulturverfassung*), que sólo puede ser entendido como una descripción sintética de los derechos y garantías objetivas de éste y otros preceptos constitucionales. Como ha señalado acertadamente Starck, de un concepto que no aparece en la Ley Fundamental, no pueden extraerse ulteriores garantías jurídicas²⁵.

²⁵ C. Starck, Art. 5, Abs. 3, en H. V. Mangoldt, / F. Klein / C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 4. ed., München, 1999, pág. 699.

El TC español utilizó la expresión “Estado de cultura” en la sentencia 5/1981, y no ha vuelto a emplearlo más. La razón es, probablemente, que la cultura no es el centro de gravedad de la Constitución española, aunque algún autor haya escrito todo lo contrario: “el derecho a la cultura es el centro de gravedad de la Constitución española”²⁶. Tan importante como la cultura es el medio ambiente, porque en éste nos va la vida. Y tendría el mismo sentido –o poco sentido– decir que España es un *Estado de cultura* como decir que es *Estado medioambiental*.

De todos modos, recientes y valiosas aportaciones sobre el tema²⁷ obligan a una consideración más detenida, aunque sea de sus aspectos negativos. El primer riesgo de exaltar el Estado de cultura, es el tenue y escorado deslizamiento que puede sufrir ese concepto hacia la realidad de un Estado cultural. Este

²⁶ J. Prieto de Pedro, comentario al art. 44.1 en Comentarios a la Constitución Española de 1976, t. IV, Madrid 1996, pág. 213, abundando en lo que había escrito E. Fossas, *Regions i sector cultural a Europa. Estudi comparat: Bèlgica, França, Italia y Espanya*, Barcelona 1990.

²⁷ Del propio J. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid 1995, y las obras de M. Vaquer Caballería, *Estado y cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid 1998, y B. González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid 2003.

peligro lo ha puesto de relieve la doctrina italiana: si en recientes trabajos viene rechazando el concepto de *Stato di cultura* es porque, en nombre de ese pretendido Estado, se enmascara con facilidad un *Stato culturale*²⁸. El Estado promotor *de cultura* suele convertirse, de hecho –como dice Famiglietti–, en un Estado promotor *de una cultura*. La tentación de someter a un *disegno político* la acción cultural es difícilmente resistible. Si lo único que se quiere –sigue diciendo ese autor– es que la acción del Estado en materia cultural desarrolle los principios constitucionales relativos al arte y la ciencia, lo mejor es seguir utilizando la fórmula de Estado de Derecho.

Pero hay otros riesgos –éstos puestos de relieve, entre nosotros, por González Moreno–. El primero es la transformación de los bienes culturales en “artículos de obligado consumo”, y de los hombres libres –y a quienes la cultura debería liberar aún más– en “consumidores forzosos”. El segundo es la comercialización turística de la cultura, que ha desnaturalizado –o “secularizado”, para utilizar la expresión que emplea la autora

²⁸ G. Famiglietti, “Spunti per una riflessione sull’antitesi Stato di Cultura-Stato Culturale”, en *Scritti dei Dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Turin 2005, y F. Merusi, comentario al art. 9 en *Commentario della Costituzione*, dir. G. Branca Bolonia-Roma 1975), entre otros.

citada– manifestaciones culturales que tienen una distinta y propia naturaleza intrínseca. El Estado de cultura se siente obligado a actuar como agente cultural, y sobre pasa la obligada neutralidad que debe mantener en la materia. La promoción pública –estatal, autonómica o municipal, a estos efectos da lo mismo– del Camino de Santiago²⁹ –por poner un ejemplo entre muchos– transforma lo que realmente significa en una cosa distinta: un ejercicio físico saludable, un recorrido por el románico septentrional, una alternativa de ocio... Lo mismo cabría decir de la incidencia de la “labor cultural” del Estado en ciertas fechas religiosas –Navidad, Semana Santa– o en ciertas celebraciones populares. De una “actividad de policía”, el Estado ha pasado a desarrollar una “actividad de promoción”, cuando “en ningún fenómeno que tenga relación con la Cultura cabe una acción directa de los poderes públicos de creación”³⁰.

²⁹ Para conocer la intervención del poder político en el Camino de Santiago desde su origen histórico, puede verse: A. González-Varas Ibáñez, *La protección jurídico-canónica de los peregrinos en la Edad Media: origen y motivos*, Santiago de Compostela, 2003.

³⁰ B. González Moreno, pág. 66, con cita en nota 102 de M. R. Alonso Ibáñez, *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid 1992.

6.2. *Eventual sentido de su mantenimiento*

Aun partiendo del reconocimiento del limitado alcance de las expresiones “Estado de cultura” o “Constitución cultural”, cabe preguntarse si puede tener algún sentido su mantenimiento. En nuestra opinión, estas expresiones pueden resultar útiles en la medida en que reafirman el principio admitido unánimemente de la necesidad de una interpretación sistemática de la Constitución. La cultura, como es sabido, es un bien inmaterial, aunque tenga en muchas ocasiones un soporte material. Su naturaleza inmaterial dificulta (o al menos impregna, por utilizar un verbo sin ninguna connotación negativa) de algún modo su adecuada protección jurídica. Por ello el uso en la doctrina y en jurisprudencia de unas expresiones que de algún modo unifiquen el valor añadido (el cultural precisamente) que pueden tener bienes materiales tan distintos como unas cuevas, una partitura musical, o un lienzo, nos parece que contribuye a una concepción sistemática y más o menos unitaria de su regulación jurídica. Tal vez esto, al menos potencialmente, facilitará la coherencia de la normativa procedente de distintas fuentes y dirigida a objetos materiales muy diversos.

Sin embargo, al ser el peligro cierto de un diseño político de la acción cultural del Estado una realidad demostrada en diversos Esta-

dos y en variados períodos históricos, y, en cambio, las supuestas ventajas del mantenimiento de un “Estado de Cultura” sólo una hipótesis aún no demostrada, resulta preferible mantener el concepto de «Estado de Derecho» y evitar el de “Estado de Cultura”.

7. La cultura en la educación impartida en la escuela pública

Esta séptima cuestión presenta algunas peculiaridades respecto de las seis anteriores. El hecho de que la escolarización sea obligatoria, tanto en España con la República federal de Alemania, sitúa a la escuela, en cuanto vehículo de transmisión de cultura, en una posición sustancialmente distinta a otras formas a través de las cuales se propaga ésta (exposiciones, museos, publicaciones, teatros, conciertos, etc.), que tienen carácter voluntario. Por ello, la transmisión de la cultura a través de la escuela no suele estudiarse habitualmente en el contexto de las relaciones entre “arte y poder”, sino dentro del marco de la libertad de enseñanza y de las competencias de los poderes públicos en materia educativa. No obstante, habiéndose abordado el tema en la ponencia del prof. Huster, se ofrecen aquí algunos comentarios al margen.

7.1. *La neutralidad del Estado y la escuela pública alemana*

Conviene tener presente que los poderes públicos alemanes están sometidos al deber de neutralidad³¹, como es bien conocido. Sin embargo, este deber general tiene una excepción precisamente en el caso de las escuelas públicas. Se anotan a continuación algunas características de las escuelas en el vecino país alemán, para facilitar la comprensión de las consideraciones que luego se harán acerca de la neutralidad.

Por lo que se refiere a las clases de escuelas³², hay que distinguir distintas clasificaciones, atendiendo al criterio de que se trate. Si atendemos al titular, la distinción más relevante es la que arroja como resultado las escuelas públicas, por un lado, y las escuelas privadas, por otro. A estas últimas se refiere el art. 7, 4 de la Ley Fundamental. Una vez que hemos dado noticia de este derecho a fundar escuelas privadas³³, en el marco de

³¹ Sobre el tema, puede verse: S. Huster, *Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Gehalt und Grenzen*, en “Schriftenreihe der Juristische Gesellschaft zu Berlin”, Heft 176, 2004.

³² G. Robbers, Art. 7, en H. V. Mangoldt, / F. Klein / C. Starck, *Das Boner Grundgesetz*, 4. ed., München, 1999, núm. marginal, 57.

³³ C. Starck, *Religionsunterricht und Verfassung. Eine rechtvergleichende Betrachtung*, en H. de Wall / M.

este estudio nos referiremos siempre a las escuelas públicas.

Atendiendo a criterios formativos y docentes, las escuelas alemanas experimentan a su vez distintos nombres según cada Estado. En unos, el sistema educativo está más unificado, y en otros hay mayor diversificación desde edades tempranas para quienes van a seguir una formación profesional y quienes accederán al *Abitur*, prueba final del bachillerato que permite el acceso a la universidad. En este sentido, se habla de escuelas elementales y escuelas populares por un lado, y escuelas medias y escuelas principales por otro, que se asemejan bastante a la escuela primaria y secundaria obligatoria españolas; a su vez, las escuelas de formación profesional se llaman *Berufsschule*, y el centro donde se cursa el bachillerato es el *Gymnasium*. A toda esta diversidad de escuelas, hay que añadir como ya ha dicho las diferencias territoriales³⁴,

Germann (Hrgs.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2003, pág. 488. W. Ress, *Katholische Schule und Religionsunterricht als Verwirklichung von Religionsfreiheit. Kirchenrechtlicher Anspruch und staatliche Normierung*, en J. Isensee / W. Ress / W. Rübner, (Hrgs.), *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. FS für J. Listl zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Berlin, 1999, págs. 377 y ss.

³⁴ Además hay que añadir otras diferencias terminológicas, algunos Estados mencionan también sus

según el *Land* de que se trate, y una diferenciación ideológica que está recogida en la Ley Fundamental.

Según su orientación ideológica o religiosa, las escuelas públicas son como regla general confesionales (*Bekennnisschule*), o cristianas comunes (*christliche Gemeinschaftsschule*) y excepcionalmente pueden ser seculares o no confesionales (*bekennnisfreie Schule*).

Las escuelas cristianas comunes, que según el Derecho de cada *Land*, pueden tener ciertas peculiaridades y diferencias entre sí; en todo caso, tienen en común que abarcan la concepción de varias confesiones, teniendo siempre todas ellas una base común cristiana. El cristianismo en la escuela está contemplado en las Constituciones de algunos *Länder*³⁵, y es admisible a consecuencia de las raíces

escuelas como escuelas medias, y como escuelas principales. Para no confundir al lector hemos prescindido de esta terminología. Nos parece que con la exposición del texto el lector español puede hacerse una idea de la diversidad de escuelas, cuyo conocimiento interesa sólo de un modo instrumental en nuestro estudio.

³⁵ Citamos aquí como ejemplo la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, que recoge como primer principio educativo el temor de Dios: *Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28.6.1950 zuletzt geändert durch Gesetz vom 05.03. 2002 Artikel 7 - Grundsätze der Erziehung:*

culturales de esta tradición³⁶. Las escuelas cristianas no lesionan el deber de neutralidad del Estado en cuestiones ideológicas, en la medida en que estas escuelas son expresión del contexto cultural en el que se erigen, y siempre y cuando no haya una identificación con el contenido religioso de un credo. El Tribunal constitucional federal ha declarado que el reconocimiento de rasgos religiosos como factores que impregnan la cultura y la educación es admisible y resulta legítimo también especialmente frente a los miembros de otras ideologías o concepciones³⁷. Una renuncia plena a las referencias religiosas en la escuela contradiría su misión educativa y formativa³⁸. Se exponen a continuación los preceptos constitucionales de algunos Esta-

(1) Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor der Würde des Menschen und Bereitschaft zum sozialen Handeln zu wecken, ist vornehmstes Ziel der Erziehung.

(2) Die Jugend soll erzogen werden im Geiste der Menschlichkeit, der Demokratie und der Freiheit, zur Duldsamkeit und zur Achtung vor der Überzeugung des anderen, zur Verantwortung für die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, in Liebe zu Volk und Heimat, zur Völkergemeinschaft und Friedensgesinnung.

³⁶ G. Robbers, Art. 7, en H. V. Mangoldt, / F. Klein / C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 4. ed., München, 1999, núm. marginal 43.

³⁷ BVerfGE 41, 29, págs. 51 y ss.

³⁸ G. Robbers, Art. 7, en H. V. Mangoldt, / F. Klein / C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 4. ed., München, 1999, núm. marginal 43.

dos, que permiten comprender qué tipos de escuelas públicas tiene cada *Land*.

En Renania del Norte-Westfalia, por ejemplo, el art. 12 de su Constitución, distingue:³⁹

³⁹ Art. 12 - Schularten

(1) Die Volksschule umfasst die Grundschule als Unterstufe des Schulwesens und die Hauptschule als weiterführende Schule.

(2) Grundschule und Hauptschule müssen entsprechend ihren Bildungszielen nach Organisation und Ausstattung die Voraussetzungen eines geordneten Schulbetriebes erfüllen.

(3) Grundschulen sind Gemeinschaftsschulen, Bekenntnisschulen oder Weltanschauungsschulen. Auf Antrag der Erziehungsberechtigten sind, soweit ein geordneter Schulbetrieb gewährleistet ist, Grundschulen einzurichten.

(4) Hauptschulen sind von Amts wegen als Gemeinschaftsschulen zu errichten. Auf Antrag der Erziehungsberechtigten sind Bekenntnisschulen oder Weltanschauungsschulen zu errichten, soweit ein geordneter Schulbetrieb bei der beantragten Hauptschule und der Besuch einer Gemeinschaftsschule in zumutbarer Weise gewährleistet sind.

(5) Hauptschulen sind in Gemeinschaftsschulen umzuwandeln, wenn Erziehungsberechtigte, die ein Drittel der Schüler vertreten, dieses beantragen.

(6) In Gemeinschaftsschulen werden Kinder auf der Grundlage christlicher Bildungs- und Kulturwerte in Offenheit für die christlichen Bekenntnisse und für andere religiöse und weltanschauliche Überzeugungen gemeinsam unterrichtet und erzogen.

In Bekenntnisschulen werden Kinder des katholischen oder des evangelischen Glaubens oder einer anderen Religionsgemeinschaft nach den Grundsätzen des betreffenden Bekenntnisses unterrichtet und erzogen. In

(1) La escuela popular comprende la escuela elemental como nivel inferior del sistema educativo y la escuela principal como nivel siguiente.

(2) Escuela elemental y escuela principal tienen que cumplir sus correspondientes fines educativos según la organización y equipamiento del titular escolar previsto.

(3) Las escuelas elementales son escuelas comunes (*Gemeinschaftsschulen*), escuelas confesionales (*Bekenntnisschulen*) o escuelas ideológicas (*Weltanschauungsschulen*). A petición de los titulares de la patria potestad deben erigirse escuelas elementales en la medida en que esté garantizado un titular regulado.

(4) Las escuelas principales deben erigirse de oficio como escuelas comunes *Gemeinschaftsschulen*. A petición de los titulares de la patria potestad se debe erigir escuelas confesionales o ideológicas, en la medida en que esté garantizado el titular escolar solicitado y que resulta posible acudir en condiciones exigibles a una escuela principal común.

Weltanschauungsschulen, zu denen auch die bekenntnisfreien Schulen gehören, werden die Kinder nach den Grundsätzen der betreffenden Weltanschauung unterrichtet und erzogen.

(5) Las escuelas principales deben convertirse en escuelas comunes si los titulares de la patria potestad que representen a un tercio de los alumnos así lo piden.

(6) En las escuelas comunes los niños son educados y formados sobre la base de los valores culturales y formativos cristianos, en apertura hacia las confesiones cristianas y hacia otras convicciones ideológicas y religiosas.

El art. 16 de la Constitución de Baden-Württemberg establece:⁴⁰

(1) En las escuelas cristianas comunes los niños son educados sobre la base de los valores culturales y formativos cristianos y occidentales. La clase, con excepción de la de religión se imparte conjuntamente.

⁴⁰ Art. 16: (1) In christlichen Gemeinschaftsschulen werden die Kinder auf der Grundlage christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte erzogen. Der Unterricht wird mit Ausnahme des Religionsunterrichts gemeinsam erteilt.

(2) Bei der Bestellung der Lehrer an den Volksschulen ist auf das religiöse und weltanschauliche Bekenntnis der Schüler nach Möglichkeit Rücksicht zu nehmen. Bekenntnismäßig nicht gebundene Lehrer dürfen jedoch nicht benachteiligt werden.

(3) Ergeben sich bei der Auslegung des christlichen Charakters der Volksschule Zweifelsfragen, so sind sie in gemeinsamer Beratung zwischen dem Staat, den

(2) En el empleo de profesores de las escuelas populares se debe tomar en consideración, según las posibilidades, la confesión religiosa e ideológica de los alumnos. Sin embargo, los profesores que no estén ligados a ninguna confesión no podrán ser perjudicados.

(3) Si se suscitan dudas sobre la interpretación del carácter cristiano de una escuela popular, deben despejarse en una consulta conjunta del Estado, las confesiones religiosas, los profesores y los padres.

En resumen, en las escuelas confesionales los niños de la fe católica, reformada o evangélica o de otra confesión son educados y formados según los principios de la confesión de que se trate. En las escuelas ideológicas, a las que pertenecen las escuelas no confesionales, los niños son educados y formados según los principios de la respectiva ideología⁴¹.

Religionsgemeinschaften, den Lehrern und den Eltern zu begeben.

⁴¹ Sobre los límites a la transmisión de valores en escuelas públicas alemanas, cfr.: W. Loschelder, *Grenzen staatlicher Wertevermittlung in der Schule*, en J. Isensee / W. Rees / W. Rübner, (Hrgs.), *Dem Staat, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1999, págs. 349 y ss.

Por lo que se refiere al posible conflicto entre los titulares de las escuelas confesionales⁴² y los derechos fundamentales de sus alumnos y empleados, se ha sostenido por la doctrina⁴³ que prevalece la garantía de su carácter confesional sobre el derecho fundamental de libertad religiosa de un alumno concreto, en virtud de la especial protección que gozan las escuelas confesionales en la Ley Fundamental. Y porque, en otro caso, la escuela confesional se haría de hecho impracticable. El Tribunal constitucional federal ha reconocido a las escuelas confesionales, en cuanto instituciones autónomas, el derecho a ser reguladas por sus titulares⁴⁴. Precisamente porque el Estado es neutral, las escuelas confesionales ofrecen un campo de tareas y aspiraciones en el ámbito de la transmisión de valores, que le están vetadas a un Estado limitado por su carácter secular⁴⁵. El Estado mantiene, ciertamente, la facultad de inspec-

⁴² Vid.: W. Loschelder, *Kirchen als Schulträger*, en J. Listl / D. Pirson, (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 2. ed., Berlin, 1995, págs. 511 y ss.

⁴³ W. Rüfner, *Die Geltung der Grundrechte im kirchlichem Bereich*, en "Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche", 7, 1972, pág. 15.

⁴⁴ BVerfGE, 18, 385, págs. 386 y ss.

⁴⁵ J. Isensee, *Verfassungsrechtliche Erwartungen an die Kirche*, en "Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche", 25, 1991, págs. 108 y ss. W. Loschelder, *Kirchen als Schulträger...*, pág. 521.

cionar las escuelas confesionales, pero el ejercicio de esa facultad debe respetar el carácter confesional de las instituciones educativas⁴⁶.

7.2. Decisiones jurisprudenciales en respuesta a la diversidad cultural en el seno de la escuela pública

Las cuestiones que –como fruto de la diversidad cultural en el seno de la escuela pública– han dado lugar a decisiones judiciales, pueden agruparse las relativas a la oración en la escuela, la simbología e indumentaria religiosa en las aulas, la educación sexual, la enseñanza de Ética con carácter obligatorio, y la clase de gimnasia⁴⁷.

7.2.1. La oración en la escuela

El Tribunal constitucional federal decidió mediante el Auto de 16 de octubre de 1979, la cuestión de si atenta o no a la libertad religiosa negativa de los alumnos la práctica de la oración en la escuela. Declaró entonces que

⁴⁶ Vid.: W. Loschelder, *Kirchen als Schulträger...*, págs. 528-529 y la jurisprudencia allí citada.

⁴⁷ Hemos utilizado las referencias a la jurisprudencia alemana que se hacen en los trabajos M. J. Roca que se citan a lo largo de este apartado, añadiendo los pronunciamientos judiciales posteriores.

tanto el derecho fundamental de la libertad religiosa positiva como el de la libertad religiosa negativa están sometidos al mandato de la tolerancia, puesto que el deber de tolerancia está inserto en el art. 4, 1 de la LFB⁴⁸.

La libertad religiosa negativa no prevalece sencillamente sobre la libertad religiosa positiva. La solución adecuada al orden constitucional del conflicto planteado con ocasión de la oración en la escuela sólo puede alcanzarse mediante el equilibrio del respeto mutuo y de la tolerancia⁴⁹. Este equilibrio se resuelve, a juicio del Tribunal, permitiéndose la oración en la escuela, siempre que no sea obligatorio participar en ella.

En la decisión relativa a la admisibilidad de la educación sexual en la escuela, el Tribunal constitucional examinó también posiciones enfrentadas pero igualmente protegidas por la Ley Fundamental. Por una parte, el derecho de los padres a la educación de sus hijos anclado en el art. 6, 2 de la Constitución y, por otra, la competencia estatal en materia de educación atribuida a los poderes públicos en el art. 7, 1 del mismo texto. El Tribunal resolvió el conflicto, considerando que en los arts. 4, 3; y 33, 3 de la Ley Fundamental se

⁴⁸ BVerfGE 52, 223, pág. 232.

⁴⁹ BVerfGE 52, 223, pág. 227.

encontraba la base, en virtud de la cual los padres podían exigir a los poderes públicos el ejercicio de la tolerancia. En este pronunciamiento, es el Estado el único destinatario de deber de tolerar⁵⁰.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional⁵¹ desestimó la admisión a trámite de un recurso de amparo en el que el demandante consideraba que no había recibido amparo judicial ni en primera instancia (juzgado administrativo de Gießen⁵²), ni en apelación (en el tribunal administrativo del Estado de Hessen⁵³), su pretensión de que se suprimiese la bendición de la mesa en la escuela infantil municipal que frecuentaba su hijo, alegando que él era de ideología atea, y veía lesionado su derecho de libertad ideológica y su derecho

⁵⁰ Para un comentario de esta sentencia en relación con el principio de tolerancia, cfr.: A. Debus, *Das Verfassungsprinzip der Toleranz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*, Frankfurt am Main, 1998, pág. 161 y I. Pernice, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht. Grundlagen und Konturen einer Billigkeitskompetenz der Verwaltung*, Baden-Baden 1991, págs. 499 y 500.

⁵¹ BVerfGE, 1BvR 1522/03 vom 2.10.2003, Absatz-Nr. (1-11), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20031200_1bvrl52203.html

⁵² Auto de 31-I-2003, “Neue Juristische Wochenschrift”, 2003, pág. 1265.

⁵³ Auto de 30-V-I 2003, “Neue Juristische Wochenschrift”, 2003, pág. 2846.

a la educación de su hijo, garantizado en los arts. 4, 1 y 6, 2 de la Ley Fundamental. Entendía el demandante que el principio de neutralidad ideológica y religiosa del Estado prohíbe que los empleados de un jardín de infancia actúen como organizadores de actividades religiosas.

El Tribunal Constitucional federal, en sus fundamentos –además de cuestiones procesales– argumenta (nº 7) que en el recurso de amparo no se ha considerado que en establecimientos como las escuelas infantiles las personas que trabajan como especialistas o como auxiliares realizan su tarea para el bien del niño, a tenor de los preceptos aplicables de la normativa vigente, y deben respetar los derechos del niño y de las personas responsables del cuidado del niño en todo lo que se refiera a su educación religiosa. Esos preceptos obligan a tomar en consideración los derechos de *todos* los niños y responsables de su educación, que concretan las posiciones respecto a los derechos fundamentales, y que se obtienen mediante una ponderación de las diversas consideraciones de valores de los niños y los padres. Estas prescripciones jurídicas de rango ordinario no pueden permanecer al margen de la valoración jurídica. Su contenido y su significado dentro del contexto de su aplicación trata de determinar la vigencia de los derechos fundamentales invoca-

dos, y en virtud de la distribución de competencias entre el Tribunal constitucional y los tribunales ordinarios competencia de estos últimos.

Por lo que se refiere al respeto al multiculturalismo el Tribunal Constitucional Federal declara que precisamente en virtud de este principio todos los niños desde su infancia, también los hijos de padres de ideología atea, deben conocer que hay en la sociedad personas con creencias religiosas, y que desean practicarlas. El pluralismo se respeta en este caso, porque se dirigen oraciones de distintas confesiones, y porque quienes desean no participar en ninguna son plenamente respetados.

La más reciente resolución judicial que conocemos es el Auto del Tribunal administrativo de Berlín de 8 de Marzo de 2008⁵⁴, en el que reconoce a unos alumnos islámicos de un *Gymnasium* berlinés, el derecho a rezar dentro de los edificios del recinto escolar, en los tiempos libres. Inicialmente, los alumnos pretendían rezar en los momentos en que ellos estimaran que debían hacerlo, pero finalmente accedieron a hacerlo sólo una vez durante la jornada escolar, y fuera de las horas lectivas. Aún así las autoridades escolares preten-

⁵⁴ VG 3 A 983.07.

dían impedirselo, alegando que su conducta podría suponer para otros alumnos una incitación, o una lesión de su libertad religiosa negativa. Para las autoridades escolares, la neutralidad del Estado alemán impedía esa manifestación pública de la fe en el recinto de una escuela pública no confesional. En su criterio, además, el Islam permite a sus fieles que cumplan con el deber de la oración más tarde, no necesariamente en las horas de la jornada escolar. El Tribunal administrativo de Berlín resuelve a favor de los escolares islámicos argumentando que la neutralidad del Estado es una neutralidad abierta, que no impide las manifestaciones públicas de la propia fe a través de la práctica religiosa (una de ellas es la oración), que ninguna autoridad estatal (ni la escolar ni la judicial) puede interpretar si los fieles de una religión pueden o no cumplir de otro modo los preceptos a los que ellos se sienten obligados. La libertad religiosa de los escolares está limitada por otros valores constitucionales, pero no ha sido demostrado en juicio que la oración fuera de las horas lectivas cause ningún perjuicio al ejercicio del encargo formativo de la escuela. En el caso de que la presencia de los escolares en oración en un pasillo causara algún perjuicio a otros alumnos, es deber de las autoridades escolares facilitarles una solución que les permita cumplir este precepto dentro del edificio escolar⁵⁵.

7.2.2. *Simbología e indumentaria religiosa*

La sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 16 de mayo de 1995, sobre la presencia de crucifijos en las escuelas de Baviera⁵⁶, resuelve el conflicto entre los padres de tres niños en edad escolar, pertenecientes a la ideología antroposófica que se oponen a que sus hijos visiten escuelas en las que haya una imagen con un crucifijo, y el reglamento escolar de las escuelas primarias

⁵⁵ Argumento jurídico 4, c): “Eine konkrete und nicht hinnehmbare Beeinträchtigung des Bildungs- und Erziehungsauftrags und des Schulbetriebes hat der Antragsgegner nicht dargelegt. Insbesondere ergibt sich aus seinem Vorbringen nicht, dass Mitschüler oder Angehörige des Lehrpersonals der Verrichtung des Gebets durch den Antragsteller unentziehbar ausgesetzt wären, selbst wenn sich ihm einzelne Mitschüler anschließen sollten. Ersichtlich ist auch nicht, dass es dem Antragsgegner unmöglich wäre, durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen und in Absprache mit dem Antragsteller zumutbare Bedingungen zu schaffen, die dem Antragsteller ein ungestörtes Beten in einem für andere nicht ohne weiteres zugänglichen Bereich des Schulgeländes ermöglichen und so der von ihm gesehenen Gefahr einer demonstrativen bzw. werbenden Präsentation des Gebets zu begegnen”.

⁵⁶ Un comentario más extenso a esta decisión, puede verse en M. J. Roca, *La neutralidad del Estado. Fundamento doctrinal y situación actual en la jurisprudencia*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, 48, 1996, págs. 251 y ss. En la doctrina alemana, puede verse el extenso tratamiento de S. Huster, *Die ethische Neutralität des Staates...*, págs. 177 y ss. y la bibliografía allí citada.

que preveía la colocación de crucifijos en las aulas.

El Tribunal administrativo de la primera instancia⁵⁷ sostuvo que la tensión entre libertad religiosa positiva y negativa debía resolverse atendiendo al deber de tolerancia, según el principio de la concordancia. En consecuencia, no podrían los demandantes exigir que se reconozca a su libertad negativa una primacía absoluta sobre la libertad positiva de otros alumnos. Antes bien, cabe esperar de los demandantes tolerancia y respeto hacia las convicciones religiosas de los demás, cuando se encuentren con prácticas como esta en la escuela. Un no cristiano o de cualquier otra orientación ideológica está sometido también al deber de la tolerancia y por tanto debe aceptar la cruz como respeto a la ideología de otros.

La decisión última del Tribunal Constitucional Federal, entendió, en cambio, que la instalación de cruces y crucifijos en las aulas viola el deber de neutralidad religiosa e ideológica del Estado. La discriminación que sufren los recurrentes no se justifica ni por el derecho estatal a organizar la escuela (art. 7,1 de la Ley fundamental), ni por la libertad

⁵⁷ Tribunal administrativo de Ratisbona, en “Bayerische Verwaltungsblätter”, 1991, pág. 345.

religiosa positiva de otros alumnos o de sus padres (art. 4,1 de la Ley Fundamental). La opinión contraria sostenida por los tribunales anteriores se fundamenta en una interpretación inconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa. Esta libertad otorga a los ciudadanos un derecho de rechazo o de defensa frente al Estado y sirve precisamente para la protección de las minorías. En la medida en que las decisiones recurridas deducen del art. 4 un derecho de la mayoría frente a la minoría, en virtud de la cual la minoría debe respetar y tolerar atributos religiosos en ámbitos estatales como ejercicio religioso de la mayoría, invierten estas decisiones anteriores la protección de este artículo 4, en su contrario.

El hecho de que de la decisión del Tribunal Constitucional federal sobre oración en la escuela se deduzca lo contrario, no puede invocarse en sentido absoluto, ya que en recientes decisiones sobre el deber de neutralidad religiosa de la escuela de otros tribunales se ha declarado que no está permitido que un profesor concreto vaya vestido durante la clase de modo que ese vestido haga una referencia inequívoca a sus convicciones religiosas⁵⁸. El hecho de colocar crucifijos en la

⁵⁸ La prohibición de llevar trajes de «Bhagwan» en las escuelas públicas por parte de los profesores se sigue

escuela por parte de las autoridades escolares en el conjunto de las estancias de la escuela conduce a un efecto de propaganda mucho más fuerte y efectivo que el anterior, que consideró inadmisibles. En el caso controvertido se trata no ya de un ejercicio individual de la religión de una persona concreta que manifiesta así su pertenencia a una determinada confesión religiosa, sino de una influencia y propaganda ejercida por una autoridad estatal.

Este pronunciamiento, obligó al Estado de Baviera a dictar una nueva normativa sobre el equipamiento en las aulas. Lo cual no ha supuesto la supresión de los crucifijos con carácter general, sino la previsión de que se sigan manteniendo, exceptuado el caso de que un alumno que haya llegado a la madurez, o sus padres, si no la ha alcanzado, lo pidan la retirada de este símbolo.

El Tribunal Constitucional Federal⁵⁹ se pronunció sobre si una profesora podía no ser

de las decisiones judiciales siguientes: Del Tribunal administrativo federal (BVerwG) en “Neue Verwaltungszeitschrift”, 1988, pág. 937; del Tribunal Constitucional de Baviera, en “Bayerische Verwaltungsblätter” 1985, pág. 721; y del Tribunal administrativo superior de Hamburgo, en “Neue Verwaltungszeitschrift”, 1986, pág. 406.

⁵⁹ Sentencia de 24 de septiembre de 2003. BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 3.6.2003, Absatz-Nr. (1-140)

admitida como funcionaria del Estado de Baden-Württemberg, aduciendo las autoridades correspondientes del *Land*, como única razón que no podía llevar el velo islámico en las aulas escolares. Llevar la cabeza tocada con el velo islámico había sido la causa de considerar a la demandante como no adecuada para ocupar un puesto de maestra en la escuela pública, entendiendo que esa indumentaria es una expresión de su identidad cultural que surte un efecto objetivo de desintegración cultural, incompatible con el principio de neutralidad del Estado. El velo no es sólo símbolo religioso, sino también político y ejerce, a juicio de los tribunales que habían conocido el caso en las instancias anteriores, un efecto objetivo de desintegración cultural.

Según la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional Federal, el conflicto debe resolverse a través de un adecuado equilibrio de los intereses en conflicto a través de la concordancia práctica. El Estado no puede renunciar planamente en la escuela a algunas referencias religiosas e ideológicas, y debe tener en cuenta los derechos fundamentales de los funcionarios, derechos a los que no renuncian plenamente por entrar en una relación de servicio con la Administración pública. El

http://bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.hmt

deber de neutralidad del Estado que establece la Ley Fundamental no es una no identificación con las religiones o las ideologías en sentido laicista, sino que se trata de una neutralidad, respetuosa y *vorsorgende* (en español, habría que traducir providente, algo así como que procura ayudar) hacia los individuos que están dentro de las aulas.

El fallo del alto tribunal obliga a los *Länder* a dictar leyes prohibitivas, si quieren prohibir la indumentaria religiosa de los funcionarios en las aulas. En ausencia de ley prohibitiva, prevalecen los derechos fundamentales de los candidatos a la función pública dentro de la enseñanza escolar⁶⁰.

7.2.3. *La educación sexual*

En esta materia, dos son las decisiones importantes del Alto Tribunal del vecino país alemán: el auto de 21 de diciembre de 1977⁶¹, y el auto e 21 de mayo de 2006⁶².

⁶⁰ Sin embargo, la última decisión judicial pronunciada para resolver la demanda de la profesora de una escuela pública que impartía sus clases con velo islámico -el Auto del Tribunal administrativo superior de Baden-Württemberg, (Beschluss vom 14. März 2008, referencia 4 S 516/07)- obliga a la demandante a impartir las clases sin tocado islámico.

⁶¹ BVerfGE 47, 2, págs. 46 y ss. En este caso sólo hacemos referencia a la publicación impresa y no al sitio

En la decisión relativa a la admisibilidad de la educación sexual en la escuela, el Tribunal constitucional examinó dos posiciones enfrentadas pero igualmente protegidas por la Ley Fundamental. Por una parte, el derecho de los padres a la educación de sus hijos anclado en el art. 6, 2 de la Constitución y, por otra, la competencia estatal en materia de educación atribuida a los poderes públicos en el art. 7, 1 del mismo texto. El Tribunal resolvió el conflicto, considerando que en los arts. 4, 3; y 33, 3 de la Ley Fundamental se encontraba la base, en virtud de la cual los padres podían exigir a los poderes públicos el ejercicio de la tolerancia⁶³. Se plantea el Tribunal si, teniendo en cuenta la primacía del derecho de los padres a la educación, no sería necesario completar la educación sexual en la escuela con la posibilidad de obtener una exención de esa asignatura⁶⁴. Puesto que las cuestiones sobre educación sexual deben ser impartidas por el Estado con el debido respeto y tolerancia, no puede exigirse a los padres ni

web, pues las decisiones anteriores a 1998 no están accesibles en la red.

⁶² Un extracto del auto puede verse en “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, 52, 2007, págs. 100-106.

⁶³ A. Debus, *Das Verfassungsprinzip der Toleranz...*, pág. 161. I. Pernice, *Billigkeit und Härteklauseln...*, págs. 499-500.

⁶⁴ BVerfGE 47, 2, pág. 77.

a los escolares mayores su consentimiento⁶⁵. Sin embargo, en los supuestos planteados, no era posible, pues la educación sexual se transmitía de modo transversal en diversas asignaturas: Biología, Historia, Arte, etc. El Tribunal dejó la cuestión abierta, para el supuesto de que se tratara de una sola materia la que transmitiera esos conocimientos. Y añadió que es una tarea del legislador adoptar una decisión que sea justa para resolver el eventual conflicto de conciencia que pueda suscitarse en ejercicio del derecho a educar a sus hijos en esta materia⁶⁶.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el Auto de 31 de mayo de 2006,⁶⁷ resolvió la demanda interpuesta por unos padres que habían sido condenados por incumplimiento del deber de escolarizar a sus hijos por razones de conciencia. Se trataba de unos padres que habían dejado de llevar a la escuela a sus tres hijas en edad escolar,

⁶⁵ BVerfGE 47, 2, pág. 77, “da der Unterricht über sexuelle Fragen mit der oben beschriebenen, von Verfassungs wegen gebotenen Zurückhaltung und Toleranz zu erteilen ist, kann eine Zustimmung der Eltern oder älterer Schüler verfassungsrechtlich nicht verlangt werden”.

⁶⁶ BVerfGE 47, 2, pág. 78.

⁶⁷ *Beschluß* v. 31.5.2006 2 BvR 1693/04, en “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, 52, 2007, págs. 100-106.

argumentando que las clases que recibían eran incompatibles con sus creencias.

El Tribunal expone en su argumentación que el Estado puede perseguir fines educativos propios con independencia de los padres (como ya había afirmado en el Auto anterior), pero debe hacerlo en el respeto a su deber de neutralidad y de tolerancia hacia la concepción educativa que tengan los padres⁶⁸. El Estado no puede deliberadamente ejercer influencia en servicio de una determinada orientación ideológica o política. El Estado a través de las medidas educativas en la escuela pública ni puede identificarse con una determinada fe o ideología ni puede poner en peligro la paz religiosa de una sociedad. A tenor de ello, continúa el Tribunal, las referencias cristianas no están prohibidas en la configuración de la escuela pública, pero la escuela pública debe estar abierta a otros contenidos y valores religiosos o ideológicos.

El deber general de escolarización sirve como instrumento adecuado y exigible al fin legítimo de la implantación del encargo educativo del Estado (*Erziehungsauftrag*). Ese encargo no se reduce exclusivamente a la

⁶⁸ Sigue en esto a lo expuesto en el Auto de la Sala segunda del Tribunal constitucional de 21 de abril de 1989.

transmisión de ciencia y a la educación de una personalidad responsable de sí misma. Se dirige también a la formación de ciudadanos responsables que, conscientes de su igualdad y responsabilidad, tomen parte en los procesos democráticos de una sociedad pluralista. La competencia social en el trato de quienes no piensan como ellos, la tolerancia vivida, la posibilidad de afirmar y llevar a cabo la propia convicción en contra de la de la mayoría, pueden ser ejercitadas de modo efectivo, si los contactos con una sociedad y con quienes dentro de ella representan opiniones distintas no tienen lugar sólo ocasionalmente, sino cuando son parte de la experiencia diaria mediante la regular asistencia a la escuela⁶⁹.

La apertura a un amplio espectro de opiniones y concepciones es una condición constitutiva de una escuela pública en una comunidad libre y democrática. Los padres fueron invitados por la escuela a participar en el modo en se transmitían a sus hijas los contenidos relativos a educación sexual a los que los padres se opusieron. Por otra parte, los padres no habían manifestado en el centro escolar sus reservas o su preocupación por la educación que recibían sus hijas en el centro escolar. En las instancias judiciales anteriores, tampoco

⁶⁹ “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, 52, 2007, pág. 103.

resultó probado por qué los padres apartaron del centro escolar a las tres hijas, cuando una de ellas no había recibido educación sexual, y por qué las apartaron de todas las asignaturas, cuando podían haber continuado asistiendo, por ejemplo, a Matemáticas y clases de idiomas. Tampoco probaron los padres un cambio de escuela (fuera ésta pública o privada) de las niñas.

El recurso de amparo se dirigía contra la persecución penal del incumplimiento del deber de escolarización por motivos religiosos. La libertad religiosa está, en cuanto parte del sistema de valores de la Ley Fundamental, ordenada al mandato de la tolerancia y especialmente referida a la dignidad humana, que domina como valor superior del conjunto del sistema de la Ley Fundamental. De ahí que acciones y conductas que provienen de una determinada actitud religiosa, no están sin más sometidas a la sanción que en otro caso tendrían prevista por el Estado para esa conducta en ausencia de motivación religiosa. Por eso no hay sanción penal, cuando el infractor no se comporta por una carencia de sentido de obligación al Derecho⁷⁰.

La cuestión de la educación sexual en la escuela atañe de modo directo al *punctum*

⁷⁰ Auto 2 BvR 1693/04, de 31 de mayo de 2006.

dolens de las controversias jurídicas en materia educativa: ¿hasta dónde alcanza la competencia del Estado en materia educativa –más allá de las cuestiones estructurales, organizativas y de garantía de conocimientos– en caso de conflicto con los derechos de los educandos?

El Tribunal Constitucional Federal consideró que la educación sexual, tal como se impartía en Hamburgo era inconstitucional (y conforme con la Constitución en los otros dos recursos que resuelve conjuntamente en la primera de las decisiones a las que aquí se ha hecho referencia), porque no dejaba a los padres el espacio suficiente para el ejercicio de su derecho primario a educar a sus hijos. Expresamente dejó la cuestión abierta acerca de si sería posible admitir exenciones a las clases de educación sexual, si no fueran una materia transversal, sino circunscrita a unos determinados temas de una asignatura. Parece apuntar que tal exención sería admisible, aunque remite la cuestión a una eventual intervención del legislador. Si se compara esta decisión con las que veremos más adelante sobre exención a las clases de gimnasia, cabe plantearse que quizá podría preverse el deber de las autoridades escolares de intentar encontrar una solución de acuerdo con los padres que pudiera ser satisfactoria para ellos. El hecho de que el último Auto pronunciado

por el Constitucional acerca de la educación sexual sea denegatorio, no obsta a esta consideración conclusiva que proponemos, puesto que en el caso planteado, los padres no retiraron a su hija sólo de los temas de Biología en los que se impartía la educación sexual, sino que la retiraron de todas las asignaturas, y además no sólo dejaron de enviar a la escuela a la niña que las recibía, sino también a las otras dos hermanas, y por tanto, lo que en el fondo resuelve este Auto no es la exención a las clases de educación sexual en la escuela por motivos de conciencia, sino la objeción por motivos religiosos al deber general de escolarización, y esto ciertamente no tiene cabida en el marco de la Ley Fundamental.

Nos parece que la argumentación del Tribunal Constitucional alemán es más acertada que la de la sentencia española en el caso de Cantabria⁷¹, que pretende ver por parte de los

⁷¹ En la jurisprudencia española la sentencia más relevante es la pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cantabria, el 23 de marzo de 1998. Un estudio al respecto, puede verse en B. Rodrigo Lara, *La objeción de conciencia a la educación sexual. Comentario a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de marzo de 1998*, en VV. AA. *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, 2001, págs. 761 y ss. El recurrente reclamaba que se modificara

padres una exigencia de discriminación positiva. El Tribunal Constitucional alemán afirma con claridad que el Estado puede perseguir fines educativos propios con independencia de los padres. Sin embargo, en la práctica las limitaciones impuestas a los derechos de los padres en el caso de la educación sexual de sus hijos estimamos que han sido tal vez mayores en España. Quizá porque la jurisprudencia alemana ha desarrollado el principio de tolerancia como un deber también de los poderes públicos.

la calificación que había recibido su hija, menor de edad, en la asignatura de ciencias naturales, ya que la materia de sexualidad que formaba parte de esta área de conocimiento lesionaba su libertad religiosa y de creencias y, en consecuencia, había dejado de asistir a ella a partir de ese momento. No constaba, sin embargo, que la alumna dejara de asistir al resto de asignaturas. El Tribunal rechazó la pretensión argumentando que “el derecho no ampara una discriminación positiva ni predetermina el proyecto educativo de un centro público en función de un ideario particular” (F. J. 2º). Asimismo, argumentaba que “el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo con sus convicciones (...) no supone, ni puede suponer, el derecho a imponer a los demás las propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un trato diferencial en función de tales convicciones” (F. J. 12º). La pretensión fue interpuesta posteriormente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que denegó su admisión a trámite. Cfr. Decisión nº 51188/99, Jiménez Alonso contra España, de 25 de mayo de 2000.

7.2.4. *La asignatura de ética u otra de similar contenido axiológico*

Al referirnos en este epígrafe a la asignatura de Ética (u otra de similar contenido axiológico), no estamos haciendo referencia a una materia alternativa a las clases de Religión de carácter confesional, que con frecuencia es también denominada Ética o de modo semejante⁷². Nos referiremos aquí a las materias que, además de la clase de Religión⁷³, pueden formar parte de un sistema educativo, con un fuerte contenido axiológico y que no son opcionales para el alumno.

⁷² Es el caso, en el Estado de Brandeburgo de la llamada *Lebensgestaltung – Ethik- Religionskunde*. Sobre esta asignatura, puede verse una referencia en M. J. Roca, *Régimen jurídico del nombramiento de los profesores de religión en las escuelas públicas alemanas*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», iustel.com, 14, 2007, apartado 2.4. En la doctrina alemana, M. Heckel, *Religionsunterricht in Brandenburg. Zur Regelung des Religionsunterrichtes und des Faches Lebensgestaltung – Ethik- Religionskunde (LER)*, Berlin 1998.

⁷³ Sobre la enseñanza de la religión, puede resultar de interés consultar el texto de los Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas elaborado por el consejo asesor de expertos sobre libertad de religión o creencia de ODIHR. El texto inglés puede consultarse en iustel.com “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 16, 2008.

En el Estado de Berlín se introdujo para el curso 2006/07 con carácter obligatorio en las escuelas públicas la asignatura de Ética, sin posibilidad de ser dispensado de ella. Una alumna de trece años de edad solicitó, junto con sus padres, la declaración de inconstitucionalidad de la ley escolar de Berlín, que había introducido esta prescripción. Esta pretensión fue considerada inadmisibles. Solicitaron entonces la exención de la clase de Ética de la escolar, por motivos de conciencia, que también fue desestimada. Entre los argumentos de Derecho de la sentencia, figuran los siguientes: “La apertura para una pluralidad de opiniones es una condición constitutiva de la escuela pública en una comunidad libre y democrática. El legislador de cada Estado puede oponerse a la interposición de motivos de conciencia, para esforzarse en la integración de las minorías. La integración tiene como presupuesto no sólo que la mayoría religiosa o ideológica no excluya a las minorías, ésta exige también que las minorías no se excluyan a sí mismas ni se cierren al diálogo con otros pensadores y otros creyentes. El ejercicio y la práctica de esta tolerancia vivida puede ser una tarea importante de la escuela pública. La capacidad de todos los alumnos para la tolerancia y el diálogo es una condición fundamental no sólo para la posterior participación en el proceso de formación de la voluntad democrática, sino también para

una convivencia adecuada en el respeto recíproco a las convicciones religiosas o ideológicas de otros. En el marco de la tarea educativa del Estado, el legislador puede, en atención a las circunstancias de hecho y a la orientación religiosa de la población, introducir una clase de Ética en la que participen todos, sin posibilidad de exenciones, para perseguir que los fines legítimos de la integración social y de la tolerancia sean alcanzados, y los alumnos reciban una base común de valores. El legislador berlinés puede partir de la base de que estos fines no son alcanzados del mismo modo mediante la participación en una clase de Religión separada según las confesiones, y sin carácter obligatorio. La asistencia a clases de Religión con carácter voluntario no constituye una sobrecarga inexigible para los alumnos, sobrecarga que por otra parte es independiente de que exista o no una clase de Ética con carácter obligatorio”⁷⁴.

⁷⁴ Auto 1 BvR 2780/06, de 15 de marzo de 2007, cuya referencia oficial completa es:

BVerfG, 1 BvR 2780/06 vom 15.3.2007, Absatz-Nr.(1-49), en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070315_1bvr278006.html. Cfr. el comentario a esta decisión de P. Unruh, *Zur Verfassungsmäßigkeit des obligatorischen Ethikunterrichts- Anmerkungen zum Religions- und Ethikunterricht in Berlin*, en “Die Öffentliche Verwaltung”, 2007, págs. 625 y ss.

En el Estado español, el Tribunal supremo⁷⁵ ha resuelto los recursos procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y Asturias, acerca de si es posible interponer una objeción de conciencia a la asignatura “Educación para la Ciudadanía” en sentido negativo. Por lo que se refiere a la neutralidad ética del Estado en el conflicto de derechos planteado con ocasión de esta asignatura de fuerte contenido axiológico, el Tribunal Supremo considera que “por un lado están los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales. Y, por otro, está la explicación del pluralismo de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, lo que comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y, en aras de la paz social, transmitir a los alumnos la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no

⁷⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de Febrero de 2009 que resuelve el recurso n. 905/2008, procedente del TSJ de Andalucía y STS de la misma fecha, que resuelve el recurso n. 1013/2008, procedente del TSJ de Asturias.

compartirlas”⁷⁶. A través de este equilibrio entre el sustrato moral de los derechos fundamentales y la información plural en la escue-

⁷⁶ Se recoge a continuación la cita completa anotada parcialmente en el texto: Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia que resuelve el recurso n. 905/2008, “en lo que hace a la transmisión y difusión de conocimientos que es posible a través de esa actuación estatal constitucionalmente dispuesta, debe hacerse la siguiente diferenciación. Por un lado, están los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales. Y, por otro, está la explicación del pluralismo de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, lo que comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y, en aras de la paz social, transmitir a los alumnos la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no compartirlas.

La diferenciación que acaba de hacerse marca los límites que tiene la actuación del Estado en materia educativa y, sobre todo, acota el terreno propio en que regirá la proscripción de adoctrinamiento que sobre él pesa por la neutralidad ideológica a que viene obligado. Dicho de otro modo, no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos. Por el contrario, será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público cuando se esté ante valores distintos de los anteriores. Estos otros valores deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad

la, se ha resuelto por el momento el conflicto. En nuestra opinión, resulta necesario no sólo el respeto al pluralismo dentro de la escuela, sino también la pluralidad de escuelas, para el adecuado respeto del derecho a la libertad de enseñanza.

7.2.5. *La clase de gimnasia*

Otra posibilidad de conflicto derivada del pluralismo cultural y religioso en el ámbito escolar son las clases de educación física físicas para las alumnas adolescentes musulmanas, si la clase de educación es mixta o el profesor de gimnasia es varón⁷⁷.

Los Tribunales administrativos superiores de diversos Estados de la República federal alemana han resuelto conflictos planteados

acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica”.

Y una última puntualización es conveniente. La actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica.

⁷⁷ En cuanto a la obligación de la mujer de cubrirse, como se sabe, hay distintas interpretaciones. De los más de 6000 versículos que integran el Corán, sólo 17 se refieren al *hiyab*, y estos 17 distinguen entre el *hiyab* externo y el interno. Del *hiyab* externo (*zاهر*), que es la prescripción de la mujer de cubrirse, tratan sólo dos versículos del Corán. (el 24, 31 y el 33, 59).

por alumnas islámicas que no querían asistir a clases de deporte⁷⁸ o a clases de natación mixtas⁷⁹. Las razones aducidas de las prescripciones del Corán sobre el vestido o sobre las clases de deporte en régimen de coeducación en supuestos planteados por escolares del Islam⁸⁰ fueron muy similares a las alegadas en otro conflicto resuelto por el Tribunal constitucional de Baviera por una escolar perteneciente a la Iglesia Palmariana⁸¹. En todos estos casos se admitía para las alumnas la exención por motivos religiosos de la clase de deporte en régimen de coeducación⁸².

Pero el Tribunal administrativo federal fue un poco más allá. Este órgano judicial resol-

⁷⁸ Auto de 26 de abril de 1991 del Tribunal administrativo superior de Lüneburg, en “Neue Verwaltungszeitschrift” 1992, pág. 79.

⁷⁹ Sentencia de 12 de julio de 1991 del Tribunal administrativo superior de Münster, en “Neue Verwaltungszeitschrift” 1992, pág. 77.

⁸⁰ Sentencia de 15 de noviembre de 1991 del Tribunal administrativo superior de Münster, en “Nord-Rheinwestfälische Verwaltungsbaltt”, 1992, pág. 136.

⁸¹ Sentencia de 6 de mayo de 1987 del Tribunal Constitucional de Baviera, en “Neue Verwaltungszeitschrift”, 1987, pág. 706.

⁸² Una referencia a la jurisprudencia alemana en lengua castellana, puede verse en D. Schefold, *La educación como transmisión de valores en un Estado de pluralismo de valores*, en A. Castro Jover, (ed.), *Educación como transmisión de valores*, Oñate 1995, págs. 97 y ss.

vió mediante la sentencia de 25 de agosto de 1993⁸³ que la administración educativa estatal está obligada a agotar todas las posibilidades organizativas para facilitar a los alumnos que profesan la fe islámica la participación en las clases de deporte –por ejemplo, arbitrando clases de deporte separadas por sexos–, sin situarlos de modo inexigible en un conflicto con su propia fe. Mientras que estas medidas no se hayan adoptado, tienen derecho a ser eximidos de una clase de deporte en régimen coeducativo para ambos sexos, en la medida en que para ellos se opongan motivos religiosos. Con ocasión de esta sentencia (y de otras a las que no se hace aquí referencia porque no atañen al ámbito educativo), se ha destacado por parte de la doctrina que el Estado no puede frustrar arbitrariamente las creencias religiosas en la organización de las instituciones estatales. Lo cual supone que en las relaciones de especial sujeción, el Estado debe adoptar medidas positivas para que las personas puedan vivir conforme a sus deberes religiosos⁸⁴.

⁸³ BVerwGE (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts) 94, 82. También puede verse en “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, 40, 1995, págs. 493 y ss. y en “Deutsche Verwaltungsblatt”, 1994, pág. 163.

⁸⁴ A. v. Campenhausen, *Staatskirchenrecht*, 3. ed., München 1996, pág. 66.

Poco después de este pronunciamiento, el Tribunal administrativo de Friburgo⁸⁵, en una sentencia de 10 de noviembre del mismo año, concedió a una alumna la dispensa de las clases de deporte, incluso aunque no fueran mixtas.

La doctrina española⁸⁶ se ha ocupado de los casos conflictivos planteados en España, aun-

⁸⁵ No hemos podido consultar el texto de la sentencia, tomamos la referencia de A. v. Campenhausen, *Staatskirchenrecht*, 3. ed., München 1996, pág. 72, nota 58.

⁸⁶ M. Moreno Antón, *Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar*, en iustel.com “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 10, 2006, “Algunas niñas islámicas o sus familias se niegan a cursar determinadas asignaturas que estiman contrarias al pudor y comedimiento que debe presidir cualquier conducta pública de la mujer en el mundo musulmán. La objeción se plantea excepcionalmente respecto a la clase de música, y en la mayor parte de los casos respecto a la de educación física. En el ámbito del Derecho Comparado la casuística es variada: a veces se objeta su carácter mixto por el posible roce con alumnos de otro sexo; otras veces se veta la ropa que hay que utilizar para realizarla o que hay que dejar de llevar para poder cursarla; y en algunas ocasiones, la objeción se dirige sólo a aquellos ejercicios que implican un contacto físico. Y las soluciones son también muy distintas, pues en países como Francia se considera legítima la expulsión de la alumna que falta a clase de gimnasia reiteradamente; en cambio en Alemania se dispensa de cursar la asignatura en base a la protección de la libertad religiosa, aunque en una gran parte de los Estados de la Unión (Bélgica, Dinamarca, Holanda) la asistencia a las

que ninguno de ellos ha llegado a la instancia judicial. Se han resuelto de modo satisfactorio en vía administrativa; o bien porque los padres han accedido a la asistencia a clase, o bien porque la administración educativa competente⁸⁷, ha dispensado de la clase de gimnasia a quienes, por motivos religiosos, no querían cursarla.

7.3. *Propuestas y consideraciones conclusivas*

Nos parece que las soluciones adoptadas en la República Federal de Alemania para atender a las demandas de los escolares que por motivos religiosos solicitan la exención de la clase de gimnasia, y el deber de las autoridades escolares de adoptar todas las medidas organizativas necesarias para impartir el deporte en clases separadas por sexos, si así lo requieren las alumnas islámicas o sus padres, es una solución razonable para atender al

clases de natación o educación física es obligatoria y sólo puede ser dispensada en casos de enfermedad acreditada mediante certificado médico”.

⁸⁷ A. Castro Jover, *Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación*, en “Laicidad y Libertades”, 2, 2002, págs. 105-106, recoge los conflictos planteados, como por ejemplo el padre argelino de Gerona, que no cedió en su petición de dispensa para sus hijas de la asignatura de gimnasia, y, finalmente, la administración educativa catalana otorgó la exención.

pluralismo cultural dentro de las aulas escolares, que se inserta dentro de la tradición alemana del principio de tolerancia como deber de los poderes públicos, y que podrían ser trasladadas a España, aunque en nuestro país no exista un principio de tolerancia como el elaborado en doctrina y jurisprudencia alemanas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

En el ámbito escolar no puede hablarse de neutralidad ética del Estado en la República Federal de Alemania de igual modo que se predica en otras manifestaciones de la vida cultural (en especial las expresiones artísticas). La Ley Fundamental garantiza la escuela privada y dentro de las escuelas públicas las confesionales, las cristianas (pero no vinculadas a una determinada confesión) y las no confesionales. La abundantísima jurisprudencia en materia escolar confirma, por una parte el pluralismo cultural de la sociedad, y por otra el mantenimiento de esas características propias de la identidad de la escuela pública alemana. La jurisprudencia constitucional española, en cambio, si ha declarado que la escuela pública ha de ser neutral, entendiendo por tal no el resultado de la presencia de las diversas corrientes ideológicas dentro de las aulas, sino como prohibición de adoctrinamiento. Bajo este aspecto de la neutralidad en el plano jurídico, nos parece que

difieren claramente las escuelas públicas alemanas de las españolas. Tal vez porque en España existen de hecho casi tantas escuelas privadas como públicas, mientras que en Alemania el número de escuelas privadas en comparación con las públicas es exiguo. Por lo que se refiere al papel del Estado, la jurisprudencia constitucional alemana ha declarado reiteradamente que el Estado puede perseguir en las escuelas fines educativos propios, sin contar con los padres. Este un dato más que viene a confirmar que difícilmente se puede hablar de neutralidad del poder público alemán en el ámbito educativo. En España, el art. 27, 2 de la Constitución atribuye como fin de la educación el libre desarrollo de la personalidad, dentro del respeto a los derechos fundamentales garantizados en la CE, pero no concede con tanta claridad al Estado un encargo educativo que le permita perseguir fines propios, con independencia de los padres.

III. Consideraciones finales

1. Ineludible intervención de los poderes públicos. Si la cultura es el ámbito de los valores (según la elaboración teórica de la Escuela Neokantiana de Baden) y los poderes públicos han de ser neutrales (en materia tanto ética como estética), la conclusión lógica sería que los poderes públicos deberían apar-

tarse del mundo de la cultura. Sin embargo, también se ha dicho que “cultura es sinónimo de libertad”, y, por tanto, la promoción de la cultura es de alguna manera un modo de proteger de la libertad individual. Ciertamente, el Estado ha de ser neutral en el ejercicio de sus competencias culturales, pero la neutralidad ética del Estado no exige que el Derecho tenga consecuencias neutrales. En nuestra opinión, el Derecho debe continuar siendo, como señaló Kant en la *Metafísica de las costumbres*, “un obstáculo para los obstáculos a la libertad”.

2. Necesaria contención de los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias en materia de cultura y educación. El primer ponente (Huster) considera que la actividad cultural del Estado no es una cuestión constitucional, sino política. Ciertamente, *grosso modo* así es; o si se prefiere, el ámbito de decisión de los poderes públicos en materia cultural entra dentro de su discrecionalidad de acción política. Pero en el ordenamiento jurídico español habría que matizar que sólo hasta cierto punto. Las limitaciones a esa discrecionalidad vienen impuestas por el sistema de reparto de competencias entre el poder estatal y los autonómicos (cfr. apartado II.2), y por la ineludible obligación de decidir en materia artística, cuando así se lo requieran los particulares en el ámbito del Derecho

público y privado (cfr. apartado II.4.1). Ahora bien, si el aserto de Huster significa que no pueden extraerse de la Constitución consecuencias jurídicas concretas respecto a la actuación de los poderes públicos en materia cultural, estamos plenamente de acuerdo. Resulta aplicable aquí el carácter de norma-marco que tiene la Constitución. Pretender que toda actuación concreta de los poderes públicos está ya exigida en la Constitución, sería desvirtuar ese carácter, y tal vez supondría también sustraer de las competencias de los actores políticos (el poder legislativo, y el poder ejecutivo en última instancia) el radio de acción que les es propio.

3. El enfoque del tratamiento jurídico del arte y el poder exclusivamente desde la perspectiva de la neutralidad ética y estética del Estado, nos parece necesario, pero incompleto. La neutralidad es un concepto relacional (del poder público respecto a la ideología, la religión, las creencias, la estética), que requiere –como cualquier juicio de relación (otro ejemplo típico en este sentido es el concepto de igualdad)– de un referente sustantivo respecto del cual se pueda predicar si la decisión respeta o no el principio de neutralidad (o el de igualdad, en su caso). En nuestra opinión, ese “algo sustantivo” es el servicio a la dignidad de la persona.

STEFAN HUSTER. Es doctor en Derecho, catedrático de Derecho Público en la Universidad del Ruhr, con sede en Bochum, y director de Instituto de Derecho Social y del Centro de Ética Médica de la misma Universidad. Profesor invitado del Instituto de Ética de la Universidad de Georgetown. Es miembro de la junta directiva del Instituto de Ciencia Constitucional Europea, con sede en Hagen.

ANTONIO PAU. Es doctor en Derecho, Registrador de la Propiedad de Madrid, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Ha sido Director General de los Registros y del Notariado, y Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

MARÍA J. ROCA. Es licenciada y doctora en Derecho y en Derecho canónico. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt (1996-97). Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo (2000-03). Desde 2007 está incorporada a la Universidad Complutense de Madrid, y preside la Asociación Interdisciplinar de Derecho Público.

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. Ian Shapiro, Pablo de Lora Deltoro y Carmen Tomás-Valiente Lanuza: *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez: *El error judicial. La formación de los jueces*
14. M. Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibáñez: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. Stefan Huster, Antonio Pau y María J. Roca: *Estado y cultura*