

NOTAS SOBRE CULTURA, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS CULTURALES *

JORGE MIRANDA **

SUMARIO:

1. CULTURA Y CONSTITUCIÓN
2. CULTURA Y POLÍTICA
3. LA CULTURA Y LA CONSTITUCIÓN
4. LA CULTURA EN LAS CONSTITUCIONES PORTUGUESAS
5. LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN
6. LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN
7. LA CULTURA *STRICTO SENSU* EN LA CONSTITUCIÓN
8. MARCO DE LOS DERECHOS CULTURALES
9. DERECHOS RELATIVOS A LA IDENTIDAD CULTURAL
10. LAS LIBERTADES CULTURALES
11. EL DERECHO DE ACCESO A LOS BIENES DE LA CULTURA
12. EL DERECHO A LA CULTURA

1. CULTURA Y CONSTITUCIÓN

I.— Aunque sin pretender dar una definición de cultura —tarea de las más difíciles y tal vez de las menos compensadoras— puede darse por sentido que una cultura envuelve:

- todo cuanto tiene significado espiritual y, simultáneamente, adquirir una dimensión colectiva;
- todo cuanto se refiere a bienes no económicos;

* Traducido del portugués por MARIANA RODRIGUES CANOTILHO.

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Lisboa.

— todo cuanto tiene que ver con obras de creación o valoración humana, contrapuestas a las puras expresiones de la naturaleza ¹.

Mirando los bienes culturales, ellos son, como afirma José Afonso da Silva, cosas creadas por el hombre mediante proyección de valores, «creadas» no en el sentido de producidas, no solo del mundo construido, sino en el sentido de vivencia espiritual del objeto que, sin ser materialmente construido o producido, se integra con la presencia y participación del espíritu humano ².

Cultura incluye la lengua y las diferentes formas de lenguaje y de comunicación, los usos y costumbres cotidianos, la religión, los símbolos comunitarios, las formas de aprehensión y transmisión de conocimientos, las formas de cultivo de la tierra y del mar y las formas de transformación de los productos de allí extraídos, las formas de organización política, el medio ambiente como objeto de acción humanizadora. Cultura significa humanidad; cada hombre y mujer es conformado por la cultura en que nace y se desarrolla.

Además de lo que es universal, cada comunidad, por las circunstancias geográficas y históricas, posee su propia cultura, distinta, aunque siempre en contacto con las demás y sufriendo sus influencias. Pero, al día de hoy, la circulación sin precedentes de bienes culturales y de personas conduce, algo contradictoriamente, a tendencias de uniformización y de multiculturalismo.

II.—La Constitución de un Estado es un fenómeno cultural —por no poder ser comprendida desentrañada de la cultura de la comunidad de donde proviene y por ser, en si misma, una obra y un bien de cultura. Por eso Peter Häberle propone una teoría de la Constitución como ciencia de la cultura ³.

La Constitución refleja la formación, las creencias, las actitudes, la geografía y las condiciones económicas de una sociedad y, simultáneamente, le imprime carácter, funciona como principio de organización, dispone so-

¹ J. MIRANDA, «O património cultural e a Constituição - tópicos», en *Direito do Património Cultural*, obra colectiva, Oeiras, 1996, p. 253.

² *Ordenação Constitucional da Cultura*, São Paulo, 2001, p. 26.

³ *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1998, trad. castellana, *Introducción a la Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Madrid, 2000.

bre los derechos y los deberes de individuos y de los grupos, regula sus comportamientos, racionaliza sus posiciones recíprocas y garantiza la vida como un todo, pudiendo ser agente bien de conservación, bien de transformación⁴.

En último término, una Constitución solo se torna efectiva y perdura cuando el empeño en conferirle realización está en consonancia (intelectual y, sobre todo, afectiva y existencial) con el sentido esencial de sus principios y preceptos⁵. Ese empeño, esa «voluntad de Constitución» (Hesse) depende del grado de cultura cívica —o sea, de la «cultura constitucional»— que se ha alcanzado. La Constitución de 1976 no se habría enraizado como Constitución normativa sin el progreso de la cultura constitucional entre nosotros.

III.—La cultura es también objeto de la Constitución, sea en el sentido lato, que hemos citado, sea en los sentidos menos latos en los que, normalmente, nos referimos a ella.

Cuando la Constitución se ocupa de las confesiones religiosas, de la comunicación social o de la informática, por ejemplo, se está ocupando de bienes culturales. A esos sentidos menos latos se unen los conceptos de Constitución cultural y de derechos culturales.

Son estos:

1. La cultura como expresión de la identidad de una comunidad, de un pueblo.
2. La cultura como educación, ciencia y cultura, «stricto sensu» o «strictissimo sensu».
3. La cultura como todo lo que no se reconduce a la educación y ciencia o, en términos positivos, como creación y disfrute de bienes de cultura.

2. CULTURA Y POLÍTICA

I.—La cultura no se confunde con la política, pero, debido a su relevancia colectiva, los poderes públicos no le son, ni nunca le han sido, in-

⁴ J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5.^a Edición, Coimbra, 2003, p. 83.

⁵ *Ibidem*, p. 85.

diferentes, como se observa en Grecia, en Roma, durante el Renacimiento o el despotismo ilustrado, y sobre todo al día de hoy⁶.

Las posiciones del Estado ante los fenómenos culturales —variables según las épocas, las áreas y los regímenes políticos— se resumen, así, por grados crecientes de intervención:

- relativa indiferencia;
- mera regulación externa, reconocimiento, garantía;
- apoyo, favor, promoción;
- tutela;
- dirección;
- absorción.

II.—Muy en especial cabe considerar las relaciones de los regímenes políticos con la cultura, esto es, el tipo de políticas culturales dirigidas por los distintos regímenes políticos debido a su índole propia.

El criterio básico de distinción es el de la libertad (de la libertad política y de la libertad cultural). Pero importa considerar también, a este efecto, otros tres criterios: el de la relación con la religión, el de la relación con la economía y el de la estructura de la Administración pública.

Se pueden establecer grandes taxonomías:

- en cuanto a la libertad, regímenes liberales, autoritarios y totalitarios;
- en cuanto a la relación con la religión, regímenes de identificación entre Estado y religión, de no identificación y de oposición o, con más interés en los tiempos modernos, regímenes de unión entre el Estado y cierta confesión religiosa, de separación y laicistas;
- en cuanto a la relación con la economía, regímenes de economía de mercado y de dirección central total o, en otra perspectiva, regímenes liberales, de Estado social de Derecho, corporativos o colectivistas;
- en cuanto a la estructura de la Administración, regímenes centralizados y descentralizados, con concentración o con desconcentración.

⁶ Retomamos, en parte, en este número y en los números 3 y 4, lo que hemos escrito en *A Constituição e o Património Cultural*, *op. cit.*, loc. cit., p. 253 y ss.

Por otra parte, más allá de las grandes concepciones filosóficas e ideológicas, en cada país hay que contar con su tradición, su experiencia histórica y factores políticos, económicos y culturales diversos⁷.

3. LA CULTURA Y LA CONSTITUCIÓN

I.—Siendo la cultura una de las dimensiones de la vida comunitaria y regulando la Constitución la organización político-jurídica del Estado en su doble cara de comunidad y poder, la cultura (como la economía) nunca puede quedar fuera de la Constitución.

Del mismo modo que al garantizar la propiedad y la libertad de comercio e industria, las Constituciones del siglo XIX confirmaban un cierto orden económico (el del liberalismo individualista y competencial), también, al garantizar la libertad de expresión y la libertad de imprenta, salvaguardaban un cierto orden cultural (el del liberalismo político e iluminismo o post-iluminismo). Más aún: convencidos de que, sin educación, la libertad no podía prosperar, los liberales se han preocupado por la creación de escuelas, a veces en normas programáticas de la Constitución.

Pero sólo el Estado social introduce plenamente los derechos culturales en el contexto constitucional. Junto a los derechos económicos como pretensiones de realización personal y de bienestar a través del trabajo y de derechos sociales como pretensiones de seguridad en la necesidad, in-

⁷ Existen modelos bien diferenciados de políticas culturales:

- En Francia, y en general en los países latinos, una política cultural liberal, laica, a veces laicista, con una fuerte intervención estatal y centralizadora;
- En Reino Unido y, en general, en los países anglosajones, una política liberal, no laicista, con poca intervención estatal y centralizadora;
- En la ex-Unión Soviética y, en general, en países con regímenes marxistas-leninistas, una política totalitaria, laicista, planificadora y centralizadora;
- En Alemania, después de 1949, una política liberal, no laicista, con mitigada intervención estatal y descentralizadora;
- En Portugal, durante el régimen de Salazar, una política autoritaria, no laicista, con fuerte intervención del Estado y centralizadora.

introduce derechos culturales como exigencias de acceso a la educación y a la cultura y, en último término, de transformación de las condiciones de actuación; y para hacerlos efectivos prevé múltiples potestades de los poderes públicos.

Así, de la misma forma que se habla de la Constitución económica, debemos referirnos a la Constitución cultural como el conjunto de principios y preceptos con relativa autonomía que se refieren a materias culturales. Incluso hay quien defiende que se hable, de ahora en adelante, de Estado de cultura⁸.

Estas expresiones «Constitución cultural» y «Estado de cultura» deben ser tomadas con cierta prudencia.

Considerar una Constitución cultural (o una Constitución económica, una Constitución penal o una Constitución electoral) puede revelarse útil, en la triple medida en que proporciona una conciencia más nítida del objeto de la Constitución, permite profundizar el análisis de las pertinentes normas constitucionales y sirve de apoyo para el imprescindible puente entre esas normas y las normas de la legislación ordinaria que la desarrollan. Pero no debe tener como consecuencia la eliminación y la pérdida de unidad sistemática de la Constitución o el regreso a una mera exegesis.

No hay una Constitución de los derechos fundamentales independiente de la Constitución de los poderes y el Estado de Derecho implica, necesariamente, una determinada conformación recíproca. No existe una Constitución cultural independiente de la Constitución política o una Constitución penal al margen de la Constitución administrativa. E incluso cuando los respectivos principios tengan orígenes y formulaciones aparentemente discrepantes (en Constituciones compromisorias) deben ser leídos y comprendidos en el contexto de la misma Constitución material⁹.

En cuanto a la fórmula «Estado de Cultura», por mejores que sean las intenciones, se justifica o se rechaza su uso debido a los riesgos inversos

⁸ Cf., por ejemplo, E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Nápoles, 1961: el Estado de cultura sería el que se asentaría en el desarrollo de la cultura y en la libertad cultural. Y la Constitución bávara de 1946 habla de «Estado de derecho, de cultura y social».

⁹ *Manual...* II, *op. cit.*, p. 289.

de poner la cultura al servicio del Estado o de la ideología dominante en el Estado, sacrificando la libertad de creación y crítica de los agentes culturales; o de poner el Estado (aparentemente) al servicio de los agentes culturales, provocando dependencias e impidiendo las iniciativas provenientes de la sociedad civil. Ambos riesgos son conjurados por la Constitución portuguesa de 1976.

4. LA CULTURA EN LAS CONSTITUCIONES PORTUGUESAS

I.—Sin olvidar las políticas de la lengua, de la enseñanza, de las artes y de las ciencias que han marcado todas las fases del Estado portugués antes del constitucionalismo (del Rey Don Dinis a la Reina Doña Maria I, del Rey Don João III al Marqués de Pombal) se justifica, sobre todo, un resumido tratamiento de la cultura en nuestras seis Constituciones escritas modernas.

Naturalmente, la observación demuestra, una vez más aquí, el contraste entre las cuatro Constituciones liberales (de 1822, 1826, 1838 y 1911), la Constitución autoritaria de 1933 y la Constitución democrática de 1976.

II.—La Constitución de 1822 prescribía la existencia «en todos los lugares donde sea conveniente» de escuelas primarias suficientemente dotadas (art. 237) y de establecimientos para la enseñanza de las ciencias y las artes (art. 239); ordenaba a los municipios «cuidar de las escuelas de primeras letras» (art. 223, IV) y determinaba la incapacidad electoral de los que, en el futuro, llegando a la edad de veinticinco años, no supieran leer ni escribir, si tuviesen al menos diecisiete años en el momento de la publicación de la Constitución (art. 33, VI).

La Carta Constitucional de 1826 y la Constitución de 1838 han traído como novedad la educación primaria gratuita (artículos 145, 30 y 28 – I, respectivamente) y la garantía de la propiedad intelectual (artículos 145, 24 y 23, 4).

La Constitución de 1911 impuso la obligatoriedad de la enseñanza primaria elemental (artículo 3, núm. 11).

III.—Las dos grandes diferencias de la Constitución de 1933 en relación a las anteriores —la apertura a derechos positivos y a la intervención

del Estado y la limitación de las libertades— están bien presentes en materia de cultura.

La República se basa en el «libre acceso de todas las clases a los beneficios de la civilización» (art. 5); el título IX de la parte I trata de la «educación, enseñanza y cultura nacional» y el Estado se obliga a facilitar a los padres el cumplimiento del deber de instruir y educar a sus hijos (art. 13, núm. 4) y a mantener escuelas de todos los grados e institutos de alta cultura (artículo 43). En contrapartida, la libertad de enseñanza queda sujeta a ley especial (artículo 8, 2) y las artes y las ciencias deben respetar la Constitución, la jerarquía y la acción coordinadora del Estado.

Pero, por primera vez —y casi sin paralelo en el extranjero— la Constitución (extrañamente en el título sobre dominio público y privado del Estado) declara «bajo protección del Estado los monumentos artísticos, históricos y naturales, y los objetos artísticos oficialmente reconocidos como tales», y prohíbe su alienación a favor de extranjeros.

IV.—Por último, en lo que respecta a la Constitución de 1976 no son menores sus rasgos de extensión, intensidad y complejidad de la regulación en la materia.

Teniendo en cuenta la dicotomía «derechos, libertades y garantías» – «derechos económicos, sociales y culturales», se encuentran derechos relacionados con la cultura tanto en una como en la otra sede (Títulos II y III de la Parte I).

Como elementos nuevos encontramos, sobre todo, un precepto específico sobre libertad de creación cultural, donde constan los derechos de autor (art. 42), la prohibición del Estado de programar la educación y la cultura según cualquier directriz filosófica, estética, ideológica o religiosa (art. 43, núm. 2) y un capítulo dedicado exclusivamente a derechos culturales —derechos «positivos» culturales— con incidencia para el Estado en relación a la democratización de la educación y de la cultura y la protección del patrimonio cultural (art. 73 y siguientes).

La primera, segunda, cuarta y quinta reformas constitucionales han traído alteraciones y adiciones significativas, en especial eliminando algunos elementos ideológico-proclamatorios; explicitando el derecho de creación de escuelas particulares y cooperativas; formulando un artículo muy com-

presivo sobre actuación cultural; y prescribiendo competencias al Estado en lo que respecta a la lengua portuguesa.

5. LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN

I.—La cultura como expresión de identidad del pueblo portugués aparece en el actual texto constitucional:

- en el artículo 9, cuando declara como tareas fundamentales del Estado proteger el patrimonio cultural¹⁰ y asegurar la enseñanza y su valorización permanente, defender el uso y promover la difusión internacional de la lengua portuguesa (apartados e) y f));
- en el artículo 11. 2 y 3, cuando constitucionaliza los símbolos nacionales;
- en el artículo 11. 3, cuando formaliza el estatuto de lengua oficial de la lengua portuguesa;
- en los artículos 7.4, 15.3 y 78.2, apartado d) cuando prevé relaciones privilegiadas y estatutos especiales relativamente a los países de lengua portuguesa;
- en el artículo 66.2, cuando incumbe al Estado clasificar y proteger paisajes y sitios, para garantizar la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico y de promover, en colaboración con las autoridades locales, la calidad ambiental de las poblaciones y de la vida urbana, significativamente en el plano arquitectónico y de protección de las zonas históricas;
- en el artículo 74, apartados h) y i), cuando corresponde al Estado proteger y valorar la lengua gestual portuguesa como expresión cultural y de asegurar a los hijos de emigrantes la enseñanza de la lengua y el acceso a la cultura portuguesa;

¹⁰ Cf., en general, la obra colectiva ya citada, *Direito do Património Cultural*, Oeiras, 1996, y J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Coimbra, 2004.

- en el artículo 78.1, cuando contempla el deber de todos de preservar, defender y valorar el patrimonio cultural y en el artículo 52.3, cuando atribuye a todos, personalmente o a través de asociaciones de defensa del patrimonio cultural, el derecho de promover la prevención, el cese o la persecución judicial de las infracciones contra el patrimonio cultural (apartado a);
- en el artículo 78.2, cuando corresponde al Estado el deber de promover la salvaguardia y la valoración del patrimonio cultural, haciéndolo elemento vivificador de la identidad cultural común (apartado c));
- en el artículo 225.1, cuando fundamenta el régimen político-administrativo propio de Azores y Madeira también en sus rasgos culturales propios ¹¹.

6. LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN

I.—La Constitución dedica numerosos preceptos a la educación, la ciencia y la cultura en dos lugares: en el de los derechos, libertades y garantías (artículos 42 y 43) y en el de los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 73 y siguientes). Lo hace según esta dicotomía, al revés de lo que ocurre en otras Constituciones ¹².

Remitiendo para estudios anteriores la materia de la educación ¹³ y no considerando específicamente lo que respecta a la ciencia, importa referir aquí dos puntos.

El primero es el precepto según el cual el Estado no puede programar la educación y la cultura de acuerdo con cualquier directriz filosófica, estética, política, ideológica o religiosa (artículo 43, núm. 2). La segunda la

¹¹ A nivel orgánico se acrecienta la reserva absoluta de competencia legislativa de la Asamblea de la República sobre los símbolos nacionales (art. 164, apartado s) y la reserva relativa sobre las bases de protección del patrimonio cultural (art. 165.1, apartado g).

¹² Como la brasileña, que los concentra en un único capítulo del título del orden social (art. 205 y siguientes).

¹³ *Manual...* IV, 3.^a Edición, Coimbra, 2000, p. 429 y ss.

que, para asegurar el acceso de todos los ciudadanos a la difusión y creación cultural, llama a colaborar a los órganos de comunicación social, las asociaciones y fundaciones de fines culturales, las colectividades de cultura y recreo, las asociaciones de defensa del patrimonio cultural, las asociaciones de vecinos y otros agentes culturales (artículos 73, e) y 78.1).

Sólo por estas normas, Portugal no podría ser clasificado como un Estado de cultura, en el sentido que, tememos, algunos darían a esta expresión.

II.—Como corolario del principio general de pluralismo inherente al Estado de Derecho democrático, el artículo 43.2¹⁴ conlleva la imposibilidad de elevar cualquiera de estas normas a contenido de la acción del Estado en el plano educativo y cultural. O, como ha sido afirmado claramente en la Asamblea Constituyente, ahí está «el rechazo filosófico de una estética oficial, una ideología oficial o una religión oficial» y «el rechazo al control político del contenido de la cultura y la educación» «y la uniformidad en materia cultural»¹⁵. «La libertad cultural es un derecho individual. La abstención del Estado es un deber de éste en relación a la comunidad»¹⁶

Pero esta regulación no impide al Estado desarrollar políticas públicas, independientemente de las directrices descritas, relacionadas unas con la identidad nacional (que acabamos de ver), otras con la realización del Estado de Derecho democrático y otras, con la democratización de la educación y de la cultura (artículos 73 y siguientes). La no identificación (o, desde otro prisma, la neutralidad) no impide al Estado, por ejemplo, promover una educación que contribuya al espíritu de tolerancia, de comprensión mutua, de solidaridad, de responsabilidad y de participación democrática en la vida colectiva (artículo 73.2, y artículo 26.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre).

¹⁴ Tal como el art. 43, núm. 2, que declara la enseñanza pública no confesional (lo que no impide, verificadas ciertas condiciones, la apertura a la enseñanza religiosa, cuando es administrada por las propias confesiones).

¹⁵ Diputado Sottomayor Cardia, in *Diário*, núm. 16, 10 octubre de 1975, p. 1879.

¹⁶ Diputado Sottomayor Cardia, *ibidem*, p. 1888. Durante el debate (p. 1877 y siguientes) han intervenido también, en la misma línea, los Diputados Costa Andrade y José Augusto Seabra y, en posiciones antagónicas o diferentes, los Diputados Vital Moreira, Francisco Miguel y Manuel Gusmão.

Los objetivos y valores a los que aquí se apela son coesenciales al orden constitucional democrático, no hacen nada más que recordar el marco básico en el cual debe desarrollarse el conflicto inherente a una sociedad libre y que el Estado no puede quedarse indiferente. En este marco básico pueden manifestarse y convivir todas las corrientes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas y religiosas.

III.—En cuanto a la norma del artículo 73.3, su alcance consiste en, negando la exclusividad al Estado, abrir puertas a las iniciativas culturales de las distintas formaciones sociales mencionadas y de otros grupos o instituciones presentes en la sociedad civil, como las familias (art. 36.5 y art. 67.2, apartado c); las confesiones religiosas (art. 41.5); las organizaciones de trabajadores (art. 58.2, apartado c); las organizaciones juveniles (art. 70.3), o las organizaciones de ciudadanos con discapacidad (art. 71.3).

Es una norma coherente con otras que, en el mismo sentido, apelan a la colaboración de grupos interesados en la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales: las asociaciones de consumidores (art. 60.3), las asociaciones representativas de beneficiarios de la seguridad social (art. 63.2), las asociaciones de defensa del medioambiente (art. 66.2), las asociaciones de familias (art. 67.2, apartado g), las asociaciones y colectividades deportivas (art. 79.2).

7. LA CULTURA *STRICTO SENSU* EN LA CONSTITUCIÓN

La cultura «*stricto*» o «*strictissimo sensu*» aparece en el texto constitucional:

- en el artículo 42, al garantizar la libertad de creación cultural y los derechos de autor;
- en el artículo 58, apartado c), al atribuir al Estado la promoción de la formación cultural de los trabajadores;
- en el artículo 70, sobre juventud;
- en el artículo 72.2, sobre tercera edad;
- en el artículo 73.1 y en el artículo 78.1 y 2, apartado a) al atribuir al Estado la función de garantizar a todos los ciudadanos, según sus capacidades, el acceso a los grados más elevados de creación artística;

- en el artículo 78.2, apartado b), al corresponder al Estado el apoyo a las iniciativas que estimulen la creación individual y colectiva en sus múltiples formas y expresiones y una mejor circulación de las obras y bienes culturales de calidad ¹⁷;
- en el artículo 78.2, apartado e), parte segunda, al incumbir al Estado asegurar la defensa y promoción de la cultura portuguesa en el extranjero;
- en el artículo 90, al imponer la coordinación de los planes de desarrollo económico y social con la política cultural.

8. MARCO DE LOS DERECHOS CULTURALES

La Constitución reserva la expresión «derechos culturales» para los consignados en el capítulo III del título III de la parte I. Pero estos no son, de ninguna forma, los únicos y se justifica establecer un marco más amplio, insertado en su contexto global.

Apartando del análisis la libertad de aprender y de enseñar y el derecho a la educación, encontramos tres categorías básicas:

- a) derechos relativos a la identidad cultural;
- b) libertades culturales ¹⁸;
- c) derechos de acceso a los bienes culturales.

No parece adecuado hablar, conjuntamente, de un derecho a la cultura ¹⁹, debido a la diversidad de estos derechos y dado que la expresión se ajustaría mejor a los derechos del tercer grupo.

¹⁷ En esta competencia debe incluirse el poder de exigir programas y espacios culturales de calidad en el servicio público de radio y televisión (art. 38, núm. 5, y art. 73, núm. 3).

¹⁸ Cf. P. HÄBERLE, *Verdad y Estado constitucional*, trad., México, 2006, p. 119 y ss.

¹⁹ Además, en rigor, no existe un derecho a la cultura, como no existe un derecho a la salud; lo que existe es un conjunto de libertades de acceso a la cultura, tal como hay un derecho a la protección de la salud.

9. DERECHOS RELATIVOS A LA IDENTIDAD CULTURAL

I.—Derechos relativos a la identidad cultural son:

- el derecho a la identidad cultural como componente o desarrollo del derecho a la identidad personal²⁰ o, incluso, del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 26.1), una vez que la pertenencia a un pueblo con una identidad cultural común (art. 78.2, apartado c) también forma parte de la individualidad de cada persona;
- el derecho de uso de la lengua, sabiéndose que la lengua materna es el primer elemento distintivo de la identidad cultural²¹;
- el derecho a defender, especialmente en juicio, el patrimonio cultural (art. 52.3, apartado a).

Afirmar estos derechos —y sus correlativos deberes— es particularmente necesario en el contexto de la integración europea, en la cual importa salvaguardar el estatuto de la lengua portuguesa como lengua de vocación universal; y frente a una globalización en la cual el dominio de los medios audiovisuales y cibernéticos acompaña la hegemonía económica y financiera.

II.—Los no portugueses que se encuentran o residen en Portugal (art. 15) también tienen derecho a su identidad cultural. Pero en su ejercicio tienen que compaginarla con la inserción en la vida colectiva, lo que presupone el conocimiento y uso de la lengua portuguesa (art. 9, apartado f) y art. 11.3) y el respeto por los principios de la Constitución y del orden jurídico portugués.

²⁰ Así RUI MEDEIROS y A. CORTÊS, anotación en J. MIRANDA y RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, p. 285.

²¹ Cf. entre tantos, J. POUL, «The Official Language Problem» en *American Political Science Review*, junio de 1991, p. 495 y ss; *Langues et Droit - Langues du Droit, Droit des Langues*, obra colectiva, Bélgica, 1999; V. PIERGIGLI, *Lingue minoritarie e identità culturale*, Milano, 2001; *Langues et Constitutions*, obra colectiva, Paris-Aix, 2004; CH. LEHMANN, «On the value of a Language», en *European Review*, vol. 14, núm. 2, mayo 2006, p. 151 y ss. Cf. también A. MARQUES DOS SANTO (al que prestamos sentido homenaje), «Algumas considerações sobre o Direito e a língua ou a ignorância dos juristas não aproveita a ninguém», en *Scientia Jurídica*, 2001, p. 19 y ss.

Un multiculturalismo correcto necesita diálogo, reconocimiento de diferencias, tolerancia y comunicación entre culturas para el enriquecimiento recíproco; no la creación de espacios y grupos cerrados, rechazo de participación e intereses comunes ²².

10. LAS LIBERTADES CULTURALES

I.—Las libertades culturales son:

- la libertad de creación cultural (art. 42, art. 70.2 y art. 78.1)
- la libertad de divulgación de obras culturales (art. 42, núm. 2)
- la libertad de difusión cultural, libertad de acceso a los bienes de cultura, sean los medios y instrumentos de acción cultural, sean los bienes del patrimonio cultural (art. 78.1 y 2, a)
- la libertad de iniciativa cultural, libertad de promover eventos culturales (art. 73.3 y art. 78.2, b).

Complementariamente:

- la libertad de asociación y fundación cultural (art. 46 e 73.3)
- la libertad de iniciativa económica cultural (art. 61, art. 73.3 y art. 78.2, b) incluyendo la libertad de los mecenas.

Como garantía:

- la prohibición de censura (art. 37.2).

Y como garantía institucional conexas:

²² Como señala J. HABERMAS, *Die Eibstestekung des anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1996, trad. Francesa *L'intégration républicaine*, Paris, 1998, p. 93: «el derecho democrático a la autodeterminación incluye el derecho a preservar la propia cultura política, pero no incluye el derecho a afirmar una forma de vida *cultural* privilegiada. En el contexto de una Constitución de Estado de Derecho democrático, distintas formas de vida pueden coexistir, beneficiando derechos iguales. Importa que se revisen en una cultura política común, abierta a impulsos que provengan de nuevas formas de vida». Cf. también los otros autores citados en *Manual...* III, 5.ª Edición, Coimbra, 2004, p. 75 y L. LEAL DE FARIA, «A questão do multiculturalismo nos Estados Unidos e na Europa: semelhanças e diferenças», en *Europa - Globalização e multiculturalismo*, obra colectiva, Vila Nova de Famalicão, 2006, p. 199 y ss.

— la protección legal de los derechos de autor (art. 42.2, parte 2.^a).

II.—La libertad de creación cultural o de creación artística, intelectual y científica es, ante todo, una manifestación del propio desarrollo de la personalidad (art. 26.1)²³.

Presupone autonomía de la persona en la determinación del objeto, de la forma, del tiempo y del modo de cualquier obra artística, literaria y científica, sin interferencia de cualquier poder público o privado.

Pero para que sea posible «producir» cultura, es necesario «recibir» cultura, lo que implica educación. No hay libertad de creación cultural sin libertad de aprender, y también de enseñar (art. 43.1); así como no existe una libertad accesible a todos sin el derecho a la educación (art 73 y siguientes).

III.—Esta libertad es indisociable de la libertad de expresión y de la libertad de difusión cultural.

No hay libertad de creación sin libertad de expresión, sin la libertad de comunicar con los otros y de divulgar, dentro y fuera del territorio nacional, el resultado de la creación. Y se trata, además, de una libertad de expresión cualificada, porque la expresión puede ser tanto de pensamientos, como de sentimientos y emociones.

Sin la creación no puede haber difusión cultural. Tal y como, recíprocamente, sólo puede crear cultura el que recibe cultura. Por eso la interdependencia entre libertad de creación y libertad de difusión cultural debe, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 78, tenerse por implícita en el artículo 42.

IV.—En la mayoría de los casos, justamente por la necesidad de comunicación, la creación cultural implica disponibilidad de medios de muy variada naturaleza: edición de libros o discos, producción de cine, de teatro o de otros espectáculos, exposiciones y, en cuanto a la ciencia, equipamientos adecuados de investigación.

La libertad de los creadores, la libertad del arte, literatura y ciencia implica, así, la libertad de los habitualmente llamados operadores culturales.

²³ Seguimos aquí nuestras anotaciones en J. MIRANDA y RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, p. 452 y ss.

Sin la libertad de iniciativa y de organización de éstos —correlativa a la libertad de iniciativa empresarial— se impiden o disminuyen drásticamente tanto la creación como la difusión cultural.

V.—La libertad de creación cultural no tiene condicionamientos o restricciones. Y tampoco los tiene la libertad de divulgación o expresión cultural, no sujeta a censura, ni al derecho de respuesta, indemnización y rectificación (art. 37.4).

Pero la libertad de divulgación está sometida a los límites del artículo 29.2 de la Declaración Universal, cuando use los medios de comunicación social²⁴: tiene que respetar los derechos de los otros y las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

VI.—La garantía institucional de los derechos de autor surge como elemento o corolario del derecho de intervención, producción y divulgación de la obra cultural²⁵. La caracterizan:

- a) Su amplitud: quedan garantizados tanto los derechos «morales» como los derechos «materiales» de autor, siendo aquellos los que se relacionan con la paternidad, carácter genuino e integridad de la obra, y estos los que se refieren a su disposición, difusión y divulgación (art. 9 del Código de derechos de autor y Derechos Conexos).
- b) Al contrario, por lo tanto, de lo que se verifica con las cosas corpóreas (art. 62) hay una ligazón directa e inmediata de estos derechos materiales a la libertad y, de la misma forma y en consonancia del favor ofrecido por la Constitución a algunas formas de propiedad, hay una ligazón al trabajo (la propiedad intelectual siempre es fruto del trabajo).

²⁴ O cuando se sirva de patrones comunicativos propios de otros lenguajes (E. A. FOLQUE FERREIRA, «Liberdade de criação artística, Liberdade de expressão e sentimentos religiosos» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, p. 283).

²⁵ Cf. J. MIRANDA, «A Constituição e os direitos de autor» en *Direito e Justiça*, 1994, I, p. 47 y ss; J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Direitos de autor e direitos fundamentais» en *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, II, Coimbra, 1997, p. 181 y ss; J. J. GOMES CANOTILHO, «Liberdade e exclusivo» en *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2004, p. 217 y ss.

Como espacio de autonomía personal ante el poder público, la propiedad privada (sobre cosas corpóreas) tiene una naturaleza que se reconduce a la de los derechos, libertades y garantías. Pero los derechos de autor no se reconducen en ese sentido, al derivar esencialmente del ejercicio de la libertad personal de creación. Y es por eso que reciben, a la luz de la idea de derecho de la Constitución de 1976, una protección más reforzada.

VII.—En las libertades culturales, como en cualquier libertad, prevalecen la dimensión negativa y la «*facultas agendi*».

No obstante, no son secundarias la dimensión positiva y la «*facultas agendi*» conferida a los poderes públicos: de organización del sistema de enseñanza, de preservación del patrimonio cultural, de protección de los derechos de autor.

11. EL DERECHO DE ACCESO A LOS BIENES DE LA CULTURA

El derecho de acceso a los bienes de cultura comprende:

- el derecho a la formación cultural en general, que se reconduce al derecho a la formación y a la enseñanza (art. 73.1 y 2, 74 y 76.1);
- el derecho al disfrute cultural, comprendiendo el derecho de acceso al patrimonio cultural (art. 78.1 y 2, apartados a) y b), y, en especial, art. 72.1, apartado a) y 2).

En lo que respecta a la creación cultural, domina el elemento objetivo de las competencias del Estado (art. 74.2, apartados d) y h), art. 78.2, apartado b) y, en especial, art. 58.2, apartado c) y art. 72.1, apartado a) y 2).

Todos estos derechos y competencias se reconducen a la idea de «democracia cultural» (art. 2, in fine y art. 73), inseparable de la «libertad cultural»²⁶ como exigen la unidad y la coherencia del Estado de Derecho democrático.

Tan universales como los derechos, libertades y garantías, los derechos culturales pueden asumir proyecciones diversificadas en función de

²⁶ Cf., por todos, J. A. SEABRA, «Os Direitos Culturais na Constituição», en *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, III, Lisboa, 1979.

las condiciones concretas de las personas, ya que, en último análisis, garantizan que todos disfruten de la cultura como expresión de libertad y de calidad de vida (art. 9, letra d)²⁷.

12. EL DERECHO A LA CULTURA

La Constitución no agota el tratamiento jurídico de la cultura. Lejos de ello, abundan, en Portugal como en los demás países, normas en la legislación ordinaria y reglamentos que se ocupan de ello, hasta el punto de reforzar un derecho de la cultura, a partir de las normas constitucionales.

Tal y como ocurre con el Derecho de la educación, el Derecho medioambiental y otros conjuntos normativos objeto de elaboración doctrinal y jurisprudencial en las últimas décadas, ese Derecho de la Cultura no es una rama autónoma, sino transversal a diversas ramas, como el Derecho administrativo, el Derecho civil y el Derecho penal.

Hay un Derecho administrativo de la cultura, que se compone en Derecho de la lengua, Derecho del patrimonio cultural y Derecho de los espectáculos y que tiene fuertes lazos con el Derecho medioambiental y con el Derecho de ordenación del territorio²⁸. Hay un Derecho privado de la Cultura que se confunde con el derecho de autor y un Derecho fiscal de la Cultura, en el que entra el mecenazgo. Y un Derecho penal de la Cultura, que garantiza sobre todo la protección del patrimonio cultural y de los derechos de autor.

²⁷ Cf. *Manual...* IV, pp. 104 y 105.

²⁸ Cf. C. GOMES, «Direito do Património Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os une, e o que os separa», en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, pp. 353 y ss, señalando como trazos comunes la referencia a bienes que se disfrutaban pero que no se poseen, con relevancia comunitaria y con sentido del presente y del futuro y de solidaridad inter-gobierno.

Resumen:

El autor se adentra en las diversas implicaciones constitucionales del concepto de cultura con la premisa de que la Constitución de un Estado es un fenómeno cultural. El presupuesto es, obviamente, la concepción háberliana de la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. En el desarrollo de su exposición cuestiona los conceptos de «constitución cultural» en cuanto la cultura se integra en el sistema constitucional sin constituir un compartimento estanco y de «Estado de cultura» en cuanto puede limitar el pluralismo cultural mediante la acción del Estado. Constata que la Constitución portuguesa de 1976 reconoce el fenómeno cultural con sus múltiples implicaciones pero garantizando el pluralismo. Es lo que denomina una «democracia cultural».

Palabras Clave: *Cultura, derechos culturales, identidad cultural, derecho a la cultura, libertades culturales.*

Abstract:

The author in this essay examines the various Constitutional implications of the concept of culture. The presupposition is, obviously, the conception, elaborated by Peter Häberle, of the theory of the Constitution as science of culture. In the developing of his explaining, the author argues the concept of «cultural Constitution», considering that culture is integrated into the constitutional system without creating an immobile compartment and the concept of «State of culture», because cultural pluralism may be limited by State action. The author thinks that the Portuguese Constitution of 1976 recognizes the cultural phenomenon with its many implications but guaranteeing the pluralism. It is what he defines a «cultural democracy».

Keywords: *Culture, cultural rights, cultural identity, the right to culture, cultural freedoms.*