

# LOS VALORES CULTURALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

Por KLAUS STERN\*

## SUMARIO\*\*

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONCEPTO DE CULTURA.—3. EL ESTADO DE CULTURA.—4. LAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA CULTURA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS LÁNDER Y EN LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA.—5. LA DIMENSIÓN CULTURAL EN EL DERECHO COMUNITARIO.

### 1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor participar en el Congreso «Culturas y constituyente» organizado por la Universidad de Téramo, en ocasión del quincuagésimo aniversario de la Constitución de la República italiana. Como alemán, estoy encantado de expresarme en esta tierra de los Abruzzo, cargada de historia y de cultura, una tierra que ha visto nacer al gran filósofo Benedetto Croce. Agradezco, por ello, a todos los responsables por la invitación que me han dirigido, que por segunda ocasión me conduce frente al Rector, al Presidente, a los colegas y a los estudiantes, quienes ya en la primavera pasada me han acogido así de amigablemente durante otra conferencia.

El artículo 9 de la Constitución italiana contiene —dicho brevemente— un significativo precepto sobre la cultura que la Ley Fundamental alema-

---

\* Catedrático de la Universidad Libre de Berlín (1962-1966) y de la Universidad de Colonia, de la que fue Vicerrector y Rector, como también Decano de la Facultad de Derecho. Entre los años 1976 y 2000, fue Juez del Tribunal Constitucional del Land de Renania del Norte-Westfalia. Entre otras muchas publicaciones se ha de destacar su Tratado en cinco volúmenes, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*.

\*\* Conferencia impartida en la Universidad de Téramo, con motivo del Congreso conmemorativo del 50º aniversario de la Asamblea constituyente, desarrollado en Téramo del 4 al 8 de noviembre de 1997 sobre el tema «Culturas y constituyente».

na, diversamente de algunas Constituciones de los *Länder* alemanes, no conoce. No obstante ello, la Constitución Federal alemana no carece de referencias a los valores culturales, como deseo mostrarles en mi ponencia. Con esto, soy plenamente consciente que quien habla de cultura —aunque sólo en relación con el derecho constitucional— se aventura en mares profundos en los cuales se arriesga a sumergirse en un abismo o, en la mejor de las hipótesis, siguiendo las fuerzas del destino, puede llegar a puerto con alguna herida. Espero conseguirlo, por ello, para completar un viaje rico de éxitos he delimitado el tema, renunciando así a algún aspecto por sí mismo importante, pero refiriéndome a él sólo brevemente. Para quedarme en la metáfora: no pretendo atravesar el océano, sino —por así decirlo— el más pequeño y cercano mar Adriático. Mi discurso se desarrolla en cuatro etapas: 1. El concepto de cultura; 2. El Estado de cultura; 3. Las declaraciones constitucionales sobre la cultura en las Constituciones de los *Länder* y en la Ley Fundamental de la República Federal alemana; 4. La dimensión cultural en el Derecho europeo.

## 2. EL CONCEPTO DE CULTURA

«La cultura es todo. Y todo es cultura», se leía hace poco tiempo en un semanario alemán<sup>1</sup>. No debe maravillar, por consiguiente, que casi todos los doctos del espíritu<sup>2</sup>, que desde siempre son también doctos de la cultura, hayan intentado definir su concepto<sup>3</sup>. A decir verdad no han ido mucho más allá de descripciones generales de los contrastes entre cultura y naturaleza, entre técnica y civilización<sup>4</sup>. Para el contexto aquí tratado, dos aspectos me parecen esenciales: el primero atañe a la relación entre cultura y valores, puesta en evidencia por Hienrich Rickert y Max Weber<sup>5</sup>; el se-

<sup>1</sup> D. Zimmer, *Die Zeit*, n. 50 de 4 de diciembre de 1992, p. 67.

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, T. S. EILOT, *Zum Begriff der Kultur*, 1961; E. B. TYLOR, «Die kulturwissenschaft», in R. KÖNIG-A. SCHMALFUß, *Die Kulturanthropologie*, 1972, p. 51 ss.; W. E. MÜHLMANN, in W. BERNSDORF, *Wörterbuch der Soziologie*, 1971, p. 598; E. A. HOEBEL, «The nature of culture», in H. L. SHAPIRO, *Man, culture and society*, 1971, p. 208 ss.; MAURER-H. KRIEGS e.a., *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, 1973, p. 873; G. SCHISCHKOFF, *Philosophisches Wörterbuch*, XXI edit., 1982, p. 383 ss.

<sup>3</sup> Sobre este punto Vid. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, p. 47 ss.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, E. B. TAYLOR, *Die Kulturwissenschaft*, p. 51 (52), define la cultura como «el complejo conjunto que abraza conocimiento, creencias, arte (...), ley, costumbres y todas las demás capacidades y hábitos que el hombre como perno de la sociedad ha construido»; W. E. MÜHLMANN, *op. cit.*, p. 598, describe la cultura como «el conjunto de las formas de vida típicas de una población, incluidos los comportamientos espirituales que están en su base, en particular las representaciones de los valores».

<sup>5</sup> H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1902), V ed., 1929, pp. 188 ss.; ÍD., *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* (1902), VI-VII ed., 1926, pp. 38 ss.; M. WEBER, «Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis» (1904), en ÍD., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, IV ed., 1973, p. 155 (175).

gundo concierne a la valoración, acabada por *Jacob Burckhardt* sobre la cultura como una de las tres «potencias» a lado del Estado y la Religión<sup>6</sup>. También la literatura jurídica cuando en viejos<sup>7</sup> y nuevos<sup>8</sup> tiempos se ha expresado sobre la cultura, no ha llegado a una definición convincente. Ciertamente, para esta vale aquello que *Immanuel Kant* ha dicho respecto del concepto de Derecho: los juristas lo buscan todavía<sup>9</sup>. Sin embargo, la resignación está prohibida porque el concepto de cultura es utilizado en diferentes contextos por las constituciones y por las leyes. El concepto, entonces, debe ser interpretado para recabarle sentido y significado. Iniciemos con la jurisprudencia.

A) El Tribunal constitucional federal se expresa sobre el concepto de cultura muy sumariamente. Es verdad que las cuestiones sobre la cultura han formado siempre, y nuevamente ahora, objeto de decisiones, pero es igualmente cierto que no se ha realizado una profundización respecto del concepto de cultura. Más bien, la atención del juez constitucional para este concepto está, de vez en vez, en relación permanente con el ámbito concreto de indagación, esto es: la escuela<sup>10</sup>, la universidad<sup>11</sup>, la formación<sup>12</sup>, el arte<sup>13</sup>, la ciencia<sup>14</sup>, los medios<sup>15</sup>, en particular la ra-

<sup>6</sup> J. BURKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (1868), ed. R. Marx, 1935, pp. 29 ss. y 84.

<sup>7</sup> E. R. HIBER, «Kulturverfassung, Kulturkrise, Kulturkonflikt» (1975), en Íd., *Bewahrung und Wandlung*, 1975, p. 343 (344 ss.); E. V. HIPPEL, «Staat und Kultur als Problem und Aufgabe. Eine rechtspolitische Studie», *DöV*, 1950, p. 257 (258); Íd., *Allgemeine Staatslehre*, II ed., 1967, pp. 247 ss.; H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, II ed., 1966, p. 807; Th. OPPERMANN, *Kulturverwaltungsrecht*, 1969, p. 6 ss.

<sup>8</sup> U. STEINER, «Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen», *VVDStRL*, vol. 42 (1984), p. 7 (8 ss.); P. HÄBERLE, «Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht», en Íd., *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, p. 27; Íd., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, p. 12; Íd., «Europa in kulturverfassungsrechtliche Perspektive», *JöR*, vol. 32 n.s. (1984), p. 9 (22 ss.); Íd., «Das Problem des Kulturstaates in Prozeß der deutschen Einigung. Defizite Versäumnisse, Chancen, Aufgaben», en Íd., *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1966, p. 133 (154 ss.); W. MAIHOFER, «Kulturelle aufgeben des modernen Staates», en E. BENDA-W. MAIHOFER-H. J. VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II ed., 1994, p. 1201 (1210 ss.); D. GRIMM, «Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen», *VVDStRL*, vol. 42 (1984), p. 46 (59 ss.).

<sup>9</sup> Citado en W. MAIHOFER, *op. cit.*, p. 1201 (1209, nota 20).

<sup>10</sup> Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 6, 309 (354); vid. también *BVerfGE* 26, 228 (238); 34, 165 (182 ss.); 41, 29 (44); 47, 46 (69); 52, 223 (236); 59, 360 (378 ss.); 93, 1 ss.

<sup>11</sup> Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 10, 20 (37); 35, 79 (115); 37, 314 (322); vid. también *BVerfGE* 66, 155 (177 ss.); 67, 202 (206); 85, 360 (384 ss.); 88, 129 (137).

<sup>12</sup> Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 10, 20 (37).

<sup>13</sup> Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 10, 20 (37); 36, 321 (337); 81, 108 (116); vid. también *BVerfGE* 30, 173 (188 ss.); 67, 213, (225 ss.); 75, 369 (376 ss.); 81, 278 (288 ss.); 91, 211 (214).

<sup>14</sup> Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 10, 20 (37); 35, 79 (114); 81, 108 (116); vid. también *BVerfGE* 5, 85 (145); 43, 242 (267); 47, 327 (367); 67, 202 (207); 85, 360 (384); 88, 129 (137); 90, 1 (12).

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 12, 205 (229, 236 ss.); 13, 54 (80); 31, 314 (325 ss.); 35, 202 (219 ss.); 57, 295 (319 ss.); 59, 231 (257 ss.); 73, 118 (152 ss.); 74, 297 (323 ss.); 77, 65 (74 ss.); 83, 238 (295 ss.); 87, 181 (197 ss.); 90, 60 (87 ss.).

dio<sup>16</sup>, la que, en cada caso, se aleja siempre más —con la excepción de los programas seriales— de una manifestación cultural, o la religión, por citar las materias culturales más importantes. Definiciones aptas para la comprensión no pueden extraerse de la jurisprudencia. Incluso las decisiones de otros jueces acentúan el escaso discernimiento del concepto<sup>17</sup>. El resultado es, por tanto, miserable; con lo cual una subdivisión detallada no aporta mucho.

B) Sobre el tema considerado, la literatura jurídica es abundante<sup>18</sup>. Alguna vez ha intentado encontrar un concepto superior que comprenda las características comunes de todos los ámbitos culturales, aun cuando una tarea como esa se muestre como la «cuadratura del círculo»<sup>19</sup>. La cultura se transforma a causa de su amplitud en un «juego jurídico sin límites»<sup>20</sup>. Algunos autores siguen un concepto elaborado sobre la guía de conocimientos de ciencias cercanas, pero llegan a afirmar la escasa operatividad de la definición para el Derecho constitucional y, por eso, recurren —del mismo modo que la jurisprudencia— a la materia tradicional que reivindica el concepto jurídico de cultura<sup>21</sup>. Otros autores intentan determinar lo que pertenece a esta esfera<sup>22</sup>, siguiendo un modo *aditivo o descriptivo* de observación, reconocido repetidamente como «fundamental»<sup>23</sup>, en tanto determina el concepto de cultura sobre la base de la descripción de su ámbito real.

<sup>16</sup> Cfr., por ejemplo, *BverfGE* 12, 1 (4); 41, 65 (84); 42, 29 (52); 52, 223 (237); 83, 341 (353); *BverfGE, NJW*, 1995, p. 2477 (2479).

<sup>17</sup> Cfr. *BayVGH*, Nueva Serie 13, 109 (125): «...el concepto de cultura es difícil de delinear (...)»; *BVerwG, NJW*, 1993, p. 3280; en cambio, otras decisiones acogen apodícticamente una comprensión conceptual *general*; así, *BVerwG, NJW* 1992, 2584; por último, cfr. también *BVerwG, DVBl*, 1997, p. 897 (898 ss.).

<sup>18</sup> E. R. HUBER, *op. cit.*, pp. 344 ss.; Th. OPPERMAN, *op. cit.*, pp. 6 ss.; ÍD., *VVDStRL*, vol. 42 (1984), p. 101 (102); U. STEINER, *op. cit.*, p. 7 (8 ss.); P. HÄBERLE, *op. cit.* [nota (8)]; D. GRIMM, *op. cit.*, p. 46 (59 ss.); W. MAIHOFER, *op. cit.*, p. 1201 (1210 ss.); H. HOFFMANN-D. KRAMER, «Kulturpolitik und Kunstpflege», en G. PÜTTNER, *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, vol. 4, II ed., 1983, p. 221 ss.; G. REUHL, «Kulturstaatlichkeit und Grundgesetz», *JZ*, 1981, p. 321; U. SCHEUNER, «Die Bundesrepublik als Kulturstaat», en *Bitburger Gespräche Jahrbuch 1977-1978*, pp. 113 ss.; M. E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit: Eine Untersuchung des Kulturstaatskonzepts von Ernst Rudolf Huber aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 1990, p. 201 ss.; K. HEINZ, *Kultur- Kulturbegriff- Kulturdenkmalbegriff*, 1993, pp. 169 ss.

<sup>19</sup> M. E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, cit., p. 183.

<sup>20</sup> B. PIEROTH, «Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen, Zu Vier kulturverfassungsrechtlichen Schriften Peter Häberles aus den Jahren 1979 bis 1982», *Der Staat*, vol. 22 (1983), p. 374.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, W. MAIHOFER, *op. cit.*, p. 1201 (1226 ss.); P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, p. 14.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, D. GRIMM, *op. cit.*, p. 46 (59 ss.), y U. SCHEUNER, *op. cit.*, pp. 113 ss.

<sup>23</sup> Así, expresamente, U. STEINER, *op. cit.*, p. 79 (nota 6); cfr., además, B. WIEGAND, «Die neuen Länder als Kulturstaaten», *LKV*, 1995, p. 55 (56); M. KILLIAN, «Die Erhaltung der kulturellen Substanz der neuen Bundesländer in Art. 35 II Einigungsvertrag», *LKV*, p. 241 (242).

En la elaboración de la noción de cultura por el Derecho positivo están comprendidos, ante todo, algunos subsistemas sociales como «tradicional cuestiones culturales», preferentemente la educación en sus diferentes formas<sup>24</sup>, la ciencia, el arte<sup>25</sup>. Desde el principio, no ha existido consenso alguno sobre la pertenencia de la religión al concepto de cultura<sup>26</sup>. Radio y televisión están reconocidos como fenómenos culturales sin una específica profundización<sup>27</sup>.

La justificación argumental de esta individualización debe observarse, en primer lugar, en la circunstancia de que se trata de «esferas», «en las cuales el Estado (...) entra en un contacto estrecho con el mundo del espíritu»<sup>28</sup>. Se refiere con ello, a una tradición alemana según la cual la cultura se distingue en material y espiritual, y la primera —desfavorable— es contraria como civilización a la original y verdadera cultura. Similar distinción y restricción de los ámbitos culturales no ha sido, empero, internacionalmente seguida y hoy se encuentra superada también en Alemania<sup>29</sup>.

En segundo lugar, el modo de observación *aditivo o descriptivo* elimina la posibilidad de considerar estos ámbitos parciales como caracterizados por la «particular dimensión de la autonomía, de la libertad y de la distancia respecto al poder de coacción del Estado»<sup>30</sup>. Esta tesis de una autonomía unitaria y de una particular distancia del Estado, sin embargo, no es sostenible.

Las materias culturales, de hecho, no están contraseñadas por una autonomía homogénea y por una distancia general del Estado. Por el contrario, presentan en sí notables diferencias.

<sup>24</sup> Cfr., para las diferentes orientaciones, P. GLOTZ-K. FABER, «Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen», en E. BENDA-W. MAIHOFFER-H. J. VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts*, II ed., 1994, pp. 1363 ss.; Th. MAUNZ, «Die Abgrenzung des Kulturbereichs zwischen dem Bund und den Länder», en *Festschrift für G. Müller*, 1970, pp. 257 ss.; Íd., «Der Bildungsanspruch in verfassungsrechtlicher Sicht», en *Festschrift für G. Küchenhoff*, 1992, pp. 605 ss.; F. OSSENBUHL, «Erziehung und Bildung», *AöR*, 1973, pp. 368 ss.; I. RITCHTER, *Bildungsverfassungsrecht*, 1973.

<sup>25</sup> Th. OPPERMAN, *Kulturverwaltungsrecht*, cit., pp. 6 ss.; U. STEINER, *op. cit.*, p. 7 (8 ss.); B. WIEGAND, *op. cit.*, p. 55 (56); M. KILLIAN, *op. cit.*, p. 241 (242); R. SCHOLZ, en Th. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 5 III n. 8.

<sup>26</sup> Th. OPPERMAN niega esta pertenencia en referencia al Derecho eclesiástico como expresión de la división entre el Estado y la Iglesia, *Kulturverwaltungsrecht*, cit., p. 9; en cambio, para W. Maihofer religión y Derecho eclesiástico pertenecen a la cultura, *op. cit.*, p. 1201 (1227); de igual manera: M. HECKEL, *Staat, Kirche, Kunst, Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler*, 1968, pp. 129 ss (190); K. SCHLAICH, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, p. 157; P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, p. 14; G. BENDER, *Das Verhältnis von Staat und Religion in seiner Prägung durch das grundgesetzliche Kulturstaatsebot*, 1963, pp. 22 ss.

<sup>27</sup> Th. OPPERMAN, *Kulturverwaltungsrecht*, cit., p. 34; W. MAIHOFFER, *op. cit.*, p. 1201 (1238).

<sup>28</sup> Th. OPPERMAN, *Kulturverwaltungsrecht*, cit., p. 8.

<sup>29</sup> B. PIEROTH, *op. cit.*, p. 374, con ulteriores indicaciones.

<sup>30</sup> Th. OPPERMAN, *Kulturverwaltungsrecht*, cit., p. 9.

Desde el punto de vista jurídico es indudable que en Alemania la Ley Fundamental y las Constituciones de los *Länder* no conocen alguna materia general definida en sí como «cultura», según la previsión del artículo 128 del Tratado de Roma. Contienen simplemente normas sobre materias particulares relevantes desde el punto de vista cultural, presentando una estructura jurídica bastante diferente. Por ejemplo, mientras el arte, a través de su incondicionada garantía del artículo 5, apartado 3, de la Ley Fundamental está apartado casi totalmente de la influencia estatal, la escuela, por el contrario, según el artículo 7, apartado 1, de la Ley Fundamental está propiamente bajo un control estatal de amplio espectro<sup>31</sup>. La jurisprudencia constitucional reclama también para la ciencia fuertes competencias organizativas<sup>32</sup>. Estos diversos contenidos normativos de la garantía de los derechos fundamentales corresponden, en efecto, a una «variedad de particulares esferas culturales» con una «estructural diferencia de cercanía o lejanía respecto al Estado»<sup>33</sup>. En lugar de una noción unitaria de cultura, por tanto, es más coherente con el ordenamiento una comprensión específica del concepto de cultura<sup>34</sup>. La búsqueda de un concepto superior de «cultura» no surte algún efecto cognoscitivo práctico para las problemáticas culturales, a menos que necesariamente desarrolle sus nivelaciones, puesto que simula una clausura que no se deja conciliar con los diferentes y diversos sistemas de valores culturales y con su tratamiento jurídico<sup>35</sup>. La cultura no puede ser comprendida como un sistema que está sobre la Constitución, ni la Constitución es una «obra artística jurídico-cultural»<sup>36</sup>.

En consecuencia, desde el momento en que los tentativos de una comprensión abstracta del concepto no prometen éxito, sea desde el punto de vista del método como del de contenido, es necesario dar prioridad a una interpretación específica de las normas relevantes para la cultura. Una definición de la cultura «en sí» no ayuda adicionalmente. La cultura, como tal, no es jurídicamente aprehensible. El concepto de «cultura» es determinable de tiempo en tiempo dentro del concreto contexto normativo. La cultura está radicada prevalentemente en el ámbito social, su comprensión jurídica, por consiguiente, no puede tener éxito sin la inclusión de conocimientos extrajurídicos. Al mismo tiempo, las consideraciones interdisciplinarias no pueden, empero, dejar de tener en cuenta los límites jurídico-

<sup>31</sup> *BVerfGE* 6, 309 (355); 34, 165 (183); 41, 29, (44 ss.); 45, 400 (415); 47, 46 (71 ss.); 53, 185 (196). En la doctrina, por todos, Th. MAUNZ, en Th. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 7 Rn. 5; cfr. K. STERN, «Autonomie der Schule», en *Festschrift für F. Knöpfle*, 1996, p. 333 (339 ss.).

<sup>32</sup> *BVerfGE* 15, 256 (264); 35, 79 (122 ss.); 39, 247 (255); 51, 369 (382); 66, 155 (177); 67, 202 (207 ss.); 85, 360 (384 ss.); 88, 129 (137).

<sup>33</sup> M. E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, cit., p. 204.

<sup>34</sup> M. E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, cit., p. 204.

<sup>35</sup> M. E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, cit., p. 204.

<sup>36</sup> U. STEINER, *op. cit.*, p. 7 (16).

constitucionales y el específico «approach» jurídico<sup>37</sup>. Para los derechos fundamentales relevantes culturalmente ello significa que, si se quiere llegar a valoraciones jurídicas, cualquier manifestación cultural debe definirse de modo preciso, en cuanto sea posible, al interior de su esfera de garantía. Sin embargo, este modo de observación, basado en la especificación de un ámbito, no debe restringirse a los derechos fundamentales, esto es, a una «cultura desde el punto de vista de los derechos fundamentales»<sup>38</sup> en cuanto que para comprender el fenómeno Cultura y Constitución en su valor intrínseco deben más bien emplearse otras referencias normativas y de teoría del Estado.

### 3. EL ESTADO DE CULTURA

En la literatura encontramos siempre la indicación, según la cual, la cultura no únicamente da forma a la vida individual sino que caracteriza también una «identidad colectiva»<sup>39</sup>. Las instituciones sociales, incluidas las estatales, deben ser legitimadas por las tradiciones culturales y explicadas como dotadas de sentido. Jacob Burckhardt —como se ha dicho— ha reconducido el nexo entre Estado y Cultura a una fórmula en base a la cual ambas serían «potencias». Y ya sea en Alemania como en Italia, la cultura ha sido por mucho tiempo una fuerza vital, mucho antes de que ambas se constituyeran en Estados nacionales unitarios. La cultura era, más bien, guía de la unidad. Es suficiente recordar en este punto, por una parte a *Goethe*, *Fichte* y a los hermanos Humboldt, y por otra a Dante, Verdi y Manzoni. Durante el cambio del siglo XVIII al XIX la «pregunta alemana» fundamental era: Nación de la Cultura, o bien, Nación del Estado.

La cultura y la lengua alemana han sido por varios decenios, junto a la historia, el vínculo distintivo y unificador de mi patria, dividida después de la Segunda Guerra Mundial. Esto ha sido expresado en el artículo 35, apartado 1, párrafo del primero al tercero, del Tratado de unificación de 31 de agosto de 1990, con las palabras siguientes: «En los años de la división, el arte y la cultura —no obstante el diverso desarrollo de los dos Estados en Alemania— han sido un fundamento de la supervivencia de la unidad de la Nación alemana. Ambas dan una contribución autónoma e irrefutable al proceso de unidad estatal de los alemanes sobre la base de la Unión Europea. El rango y prestigio de una Alemania unida en el mundo dependen, más allá de su peso político y de su fuerza económica, de su significado como Estado de Cultura». Esta afirmación contiene un carácter

<sup>37</sup> Sobre lo dicho, cfr. M. BAUER, *Kultur, Sport und Verfassung*, Disertación Colonia, todavía no publicada, pp. 115 ss.

<sup>38</sup> M. E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, cit., p. 205.

<sup>39</sup> D. GRIMM, *op. cit.*, p. 46 (58).

distintivo del significado de la cultura para la estatalidad y expresa en que medida un Estado puede ser sostenido por los valores culturales.

Se han tratado de tomar justamente estos nexos, no solamente en el tratado de unificación, sino antes también con el concepto de «Estado de cultura» que se remonta a Fichte —una idea que fue discutida en la República de Weimar<sup>40</sup> y que ha sido discutida también bajo la Ley Fundamental<sup>41</sup>. Aunque no está mencionado por la Ley Fundamental sino por la Constitución bávara (artículo 3, inciso 1) existe en la literatura<sup>42</sup> y en la jurisprudencia<sup>43</sup> un amplio consenso sobre el hecho que la República Federal Alemana sea un «Estado de cultura liberal». En los años 80, una comisión de expertos auspiciados por el Ministerio Federal del Interior y de Justicia luchó por la introducción de una disposición sobre la cultura en la Ley Fundamental<sup>44</sup>. La propuesta no tuvo realización y no la ha tenido ni siquiera en ocasión de la revisión constitucional de 1994 después de la reunificación alemana. Desde el punto de vista actual, muchos motivos desaconsejan la adopción de una estatalización de la cultura en la Constitución.

<sup>40</sup> H. HELFRITZ, *Allgemeines Staatsrecht als Einführung in das öffentliche Recht mit einem Abriss der Staatstheorien*, I edit., 1924, p. 19, 117, 120, 121, 141; R. THOMA, Art. «Staat (Allgemeine staatslehre)», en L. ELSTER-A. WEBER-F. WIESER, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, IV edit., vol. VII, 1928, p. 924 (729); G. STOCK, *Rechtsphilosophie*, 1931, p. 190; P. VON SOKOLOWSKY, *Der Staat*, 1932, pp. 124, 132, 233, 313, 409, ss.; G. SALOMON, *Allgemeine Staatslehre*, 1931, p. 132; M. E. MAYER, *Rechtsphilosophie*, 1922, p. 13; J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1923, p. 126.

<sup>41</sup> Cfr. las indicaciones de la nota (18); cfr. en particular también: *Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge*, edición del Ministerio Federal del Interior y del Ministerio Federal de Justicia, 1983, n. 169 ss.

<sup>42</sup> R. SCHOLZ, en Th. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 5 III, n. 8; W. MAIHOFER, *op. cit.*, p. 1201 (1226 ss.); F. HUFEN, *Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus*, Bay VBI, 1985, pp. 1 ss.; E. R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, 1958; U. STEINER, *op. cit.*, p. 7 (12 ss., con particular claridad pp. 16 y 47, tesis 7); M. HECKEL, *Staat, Kirche, Kunst, Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler*, 1968, especialmente pp. 19 ss., 41 ss., 97 ss., 103 ss., 127 ss.; Th. OPPERMAN, «Ergänzung des Grundgesetzes um eine Kulturklausel?», en *Festschrift für O. Bachof*, 1984, p. 3 (9 ss., 14 ss.); P. HÄBERLE, *op. cit.*, [nota (8)]; G. REUHL, *op. cit.*, pp. 312 ss.; H. U. EVERS, «Kulturfragen im staatlichen Gemeinwesen», *NJW*, 1983, p. 212 (216 ss.); D. GRIMM, *op. cit.*, p. 46 (63 ss.).

<sup>43</sup> *BVerfGE* 35, 79 (114); 36, 3221 (331); 81, 108 (116), en conjunto, sin más articulada motivación.

<sup>44</sup> La *Sachverständigenkommission*, *op. cit.*, n. 169, sugirió en forma mayoritaria las siguientes adiciones a los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental (en cursivas las modificaciones del texto vigente de la Ley Fundamental): Artículo 20, disposición 1: «La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social. Protege y cuida la cultura y las bases naturales de la vida del hombre». Artículo 28, disposición 1, primer párrafo: «El ordenamiento constitucional de los *Länder* debe corresponderse con los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido de esta Ley Fundamental, y con la responsabilidad del Estado por la cultura y el ambiente natural».

A) Aun cuando para referirse al «Estado de cultura» se pueda acudir históricamente hasta el siglo XIX<sup>45</sup>, para su fundación no se puede reclamar una tradición alemana<sup>46</sup>, ya que Estado y Cultura se han movido el uno hacia el otro con un fervor cambiado dentro del absolutismo, y sin prejuicios en el liberalismo y en el nacionalismo. En tales momentos se constatan: un cuidado estatal de la cultura en relación a intereses diversos de los fines culturales del Estado (modelo utilitarista), una separación de Estado y cultura (modelo dualístico) o la dirección de la cultura de parte del Estado con base en criterios políticos (modelo dirigente)<sup>47</sup>. Solamente en la era de la reforma prusiana de Humboldt, Fichte y otros grandes espíritus comprometidos políticamente, se puede hablar de una tarea cultural del Estado en interés de la cultura misma (modelo estatal-cultural).

En la República de Weimar ciertamente se ha hablado bastante de una declaración sobre el Estado cultural, pero un concepto real para la comprensión Estado-Cultura no pudo desarrollarse en ese periodo en orden a la gran crisis económica y política. En tierra alemana, por ello, puede discutirse la «tradición del Estado de cultura» solamente respecto del uso de las palabras, pero no desde el punto de vista de un preciso contenido conceptual<sup>48</sup>.

En el contexto de mi participación quiero valorar ahora los contenidos inmanentes y las bases dogmáticas del concepto de Estado de Cultura en la vigente Ley Fundamental.

Se puede decir así ante todo, que la estatalidad de la cultura es originaria de la teoría del Estado y de la Constitución, orientada fuertemente al idealismo filosófico<sup>49</sup>, mientras que en la dogmática constitucionalista prevalece el principio de interpretación de la misma como tarea del Estado<sup>50</sup>. Eso se basa, en particular, en el contenido cultural y estatal de los derechos fundamentales<sup>51</sup> y de determinados principios estructurales del Estado<sup>52</sup>. En conjunto se ha emprendido el camino de una compilación de

<sup>45</sup> Relativo a la historia del concepto cfr. O. JUNG, *Zum Kulturstaatsbegriff- Johann Gottlieb Fichte- Verfassung des Freistaates Bayern- Godesberger Grundsatzprogramm der SPD*, 1976, pp. 10 ss.

<sup>46</sup> De manera más extendida sobre este punto M. E. GEIS, *op. cit.*, pp. 120 ss.

<sup>47</sup> Cfr. D. GRIMM, *op. cit.*, p. 46 (58).

<sup>48</sup> M. BAUER, *op. cit.*, p. 192.

<sup>49</sup> E. R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, 1958; ÍD., «Kulturverfassung, Kulturkrise, Kulturkonflikt», en ÍD., *Bewahrung und Wandlung*, 1975, pp. 344 ss.

<sup>50</sup> H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, II Edit., 1996, pp. 807 ss.; W. KNIES, *Kunst und Recht, Bitburger Gespräche Jahrbuch*, 1977/78, p. 141 (154 ss.).

<sup>51</sup> *BverfGE* 35, 79 (114); 36, 321 (331); 81, 106 (116); R. SCHOLZ, en Th. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 5 III n. 8; E. BENDA, *Die Kunstfreiheit und ihre Grenzen, die neue Ordnung* 36 (1982), pp. 345 ss.; W. MAIHOFER, *op. cit.*, p. 1201 (1226 ss.).

<sup>52</sup> G. REUHL, *op. cit.*, pp. 321 ss.; ÍD., «Demokratie und Kulturgesellschaft als Komplen-

carácter general sobre el rango diferente y el carácter terminal de todas las normas relevantes para la Cultura, para la existencia de un verdadero Estado de cultura<sup>53</sup>.

Tal perspectiva no ha, sin embargo, quedado sin contradicción. Una concepción más fuerte, aparecida en tiempos recientes, rechaza la deducción de una cláusula de Estado cultural de las disposiciones de la Ley Fundamental pero sin meter en duda, como conclusión, la naturaleza de Estado cultural de la República Federal alemana. Esa concepción quiere investigar solamente en las disposiciones constitucionales particulares los elementos relevantes para la cultura, a modo de desarrollar luego, gracias a una visión de conjunto de los contenidos de la normativa, una imagen general de las particularidades constitucionales para la relación entre Estado y Cultura<sup>54</sup>.

Según mi punto de vista sobre el particular, esta concepción tiene únicamente el mérito de explicar la circunstancia de que la Ley Fundamental, con razón, no ha querido acoger una Constitución cultural sino que solamente ha enmarcado, por así decirlo, la cultura. La derivación de la Constitución hacia un Estado de Cultura cerrado superaría el carácter de este ordenamiento-marco. Todos los esfuerzos de determinar en abstracto el Estado cultural se pondrían en riesgo al sustentar una noción de cultura abstractamente determinada. Así que, una vez más, el concepto de Estado cultural, así como aquel de cultura, se presentarían para los diversos contenidos normativos que no corresponden a los específicos contenidos culturales de la Constitución, y sugerirían un sistema de normas relevantes para la cultura realmente inexistentes. A pesar de su peso histórico indudable, se debería separar, por consiguiente, el concepto de Estado de Cultura de la esfera del Derecho, a fin de poner de nuevo sobre un terreno dogmático seguro las determinaciones de las relaciones entre Estado y cultura con el objeto de no abandonarles a la disposición subjetiva de cualquier observador. Una cláusula sobre el Estado cultural deducida de la Constitución, si bien de manera ingeniosa, no logra producir algún efecto constitucional sino conclusiones visionarias sobre presuntas lagunas jurídico-culturales<sup>55</sup>. Ello ha sido admitido también por el Tribunal Constitucional bávaro sobre la cláusula del Estado de cultura del artículo 3 apartado 1 de la Constitu-

tärbegriffe im Rahmen des Grundgesetzes», *JZ*, 1983, pp. 535 ss.; W. MAIHOFER, *op. cit.*, p. 1201 (1241).

<sup>53</sup> En este punto, esencialmente las significativas contribuciones de P. HÄBERLE [nota (8)], sobre todo *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, pp. 36 ss.

<sup>54</sup> M. E. GEIS, *op. cit.*, pp. 235 ss., 260 ss. Pero Geis rechaza el concepto de Estado de cultura y habla, en cambio, del deber de cultura que ve anclado en el artículo 1, apartado 3 de la Ley Fundamental; U. STEINER, *op. cit.*, p. 7 (16 ss.); U. SCHEUNER, *op. cit.*, p. 113 ss.; D. GRIMM, *op. cit.*, p. 47 (65 ss.).

<sup>55</sup> Cfr. M. BAUER, *op. cit.*, pp. 190 ss.

ción de Baviera, en cuanto ha observado que «el concepto de cultura se delimita solo con dificultad» y que «eso vale con mayor razón para la noción de Estado de Cultura»<sup>56</sup>. Siguiendo tales tesis se debe admitir que si ya la cultura no puede ser definida en sentido unívoco, entonces también el término Estado de Cultura no puede serlo. Así como por el contenido del concepto de cultura los intelectuales litigan, en igual modo, desde el punto de vista jurídico, no puede encontrarse un acuerdo sobre lo variable del Estado de Cultura.

#### 4. LAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA CULTURA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS *LÄNDER* Y EN LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

La respuesta negativa a un Estado de Cultura constitucionalmente fundado no agota, sin embargo, el tema Estado y cultura. Es todavía necesaria una mirada más a las normas particulares del Derecho constitucional alemán relevantes para la cultura, para determinar la relación entre las dos «potencias». Solo en tales normativas particulares emergen los valores culturales del Derecho constitucional alemán. Sobre el plano federal estas no son propiamente abundantes pero tampoco escasas o tan pobres como aquellas de la Constitución del *Reich de Weimar*<sup>57</sup>. El motivo reside, sobre todo, en la característica que se ha desarrollado históricamente en el Estado federal alemán, que coloca fundamentalmente en los *Länder* y no en la Federación, la denominada «competencia cultural»<sup>58</sup>.

Desde el momento que en Alemania los *Länder* son de los Estados, la problemática es solo limitadamente comparable con el reparto de competencias culturales entre las regiones italianas y la República. Del mismo modo, empero, se observa el hecho de que, en una repartición de competencias, federales o regionales, es visible una variedad de formas normativas, esencial y culturalmente autónomas<sup>59</sup>. Viendo a Alemania se observa:

<sup>56</sup> BayVGH nueva serie 13, 109 (125).

<sup>57</sup> Artículo 1, apartado 1; Artículo 2, apartado 1; Artículo 4, apartado 1; Artículo 140; Artículo 5, apartado 1; Artículo 5, apartado 3; Artículo 6, apartado 2; Artículo 7, apartado 4; Artículo 9, apartado 1; Artículo 23; Artículo 24; Artículo 32; Artículo 73, número 1; Artículo 73, número 9; Artículo 74, apartado 1, número 13; Artículo 75, apartado 1, número 1.a; Artículo 75, apartado 1, número 6; Artículo 91.a, apartado 1, número 1; así como el Artículo 91.b de la Ley Fundamental.

<sup>58</sup> BVerfGE 6, 309 (354); 12, 205 (229); 31, 314 (329); 37, 314 (322).

<sup>59</sup> En este sentido, los *Länder* aparecen también como laboratorios para el descubrimiento y la conservación, pero igualmente para el desarrollo del derecho constitucional de la cultura: cfr. P. HÄBERLE, «Das Problem des Kulturstaats im Prozeß der Deutschen Einigung- Defizite, Versäumnisse, Chancen, Aufgaben», en Íd., *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 133 (159).

A) Las Constituciones alemanas de los *Ländern*, contienen en favor del Estado, sea bien en formas diferentes, principios estructurales de tipo cultural.

a) Así reza el multicitado artículo 3, párrafo 1 de la Constitución de Baviera: «Baviera es un Estado de derecho, de *cultura* y social». El artículo 2, disposición 1, de la Constitución de Brandemburgo dispone: «Brandemburgo es un Estado democrático, liberal, de derecho, social, avocado a la paz y a la justicia, a la protección del ambiente y la *cultura* (...)». La Constitución del Estado libre de Sajonia define al Estado como un (artículo 1, segundo párrafo) «Estado de derecho social y democrático obligado a la garantía de los fundamentos de la vida natural y la *cultura*». Las Constituciones de los *Länder* de Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nieder-Sachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein y Thüringen prevén con formulaciones a veces diversas que el *Land*, las comunidades y las asociaciones de comunidades «(...) protejan y promuevan» la cultura. La Constitución de Assia cita la cultura conjuntamente con la tutela de los monumentos. Una tercer variante está, bajo este aspecto, en una forma mixta de las anteriormente citadas posibilidades de organización que se encuentra en el artículo 34 apartado 1 y 2 de la Constitución de Saarland, y en el artículo 40 de la de Rheinland-Pfalz.

b) La función cultural de las comunidades, que encuentra expresión también en las Constituciones de los *Länder*, es designado de manera coloquial como «Derecho constitucional cultural municipal»<sup>60</sup>. Es colocado al lado del Derecho constitucional federal y al de los *Länder*. La labor cultural de las comunidades —junto a las tareas de promoción citadas al inicio— emerge sobre todo de la garantía de la autónoma administración municipal de los *Länder* y, en el plano constitucional federal, de la garantía de autonomía enunciada por el artículo 28 apartado 2 de la Ley Fundamental. Esta norma garantiza a las comunidades el derecho «de regular, en el cuadro de las leyes y bajo la propia responsabilidad, todas las cuestiones de la comunidad local» y, según una interpretación natural, que se ha reforzado históricamente, entraría en ella de igual manera la esfera cultural<sup>61</sup>.

c) En casi todas las Constituciones de los *Länder* se dedica un amplio espacio a las finalidades inherentes a la educación<sup>62</sup> y a los derechos

<sup>60</sup> El concepto se remonta, sobre todo, a P. HÄBERLE, *Kulturpolitik in der Stadt —ein Verfassungsauftrag*, 1979.

<sup>61</sup> Por todos cfr. P. HÄBERLE, *Kulturpolitik in der Stadt*, cit., p. 43.

<sup>62</sup> A título de ejemplo, citamos la Constitución de Nordrhein-Westfalen, que, en su artículo 7 contiene las siguientes líneas: «1. Finalidad suprema de la educación es suscitar la aprensión a Dios, el respeto por la dignidad del hombre y la predisposición a la actuación social. 2. La juventud debe ser educada dentro del espíritu de la humanidad, de la democracia y de la libertad, en la paciencia y respeto a las convicciones de los demás, en la responsabilidad por la preservación de las bases naturales de la vida, en el amor por el pueblo y por la patria, por la comunidad de los pueblos y la paz».

fundamentales culturales. De conformidad con la indicada competencia cultural, los *Länder* han desarrollado un rico Derecho constitucional cultural. En todo caso, esto se queda en la sombra de su significado legislativo, ejecutivo o judicial<sup>63</sup> —tal vez con la excepción de Baviera, donde la Corte constitucional ha recordado al menos las normas constitucionales relevantes culturalmente<sup>64</sup>—. Una elaboración científica de este derecho constitucional de la cultura del *Land* propiamente dicho, falta completamente<sup>65</sup>.

B) A nivel de la Constitución federal, el punto cardinal de las declaraciones constitucionales en tema de cultura esta en los derechos fundamentales (a). Al lado de ellos existen también disposiciones en materia de competencias que contienen referencias culturales (b).

a) Valores culturales en las normas de derechos fundamentales se encuentran, en primer lugar, en la libertad del arte y de la ciencia del artículo 5 apartado 3 de la Ley Fundamental; en la libertad de medios y de información del artículo 5, apartado 1 de la Ley Fundamental; en la libertad ideológica y religiosa del artículo 4 apartado 1 de la Ley Fundamental, incluida la reglamentación de las relaciones del Estado con la Iglesia y con otras comunidades religiosas según el artículo 140 de la Ley Fundamental. El derecho de los padres del artículo 6, apartado 2 de la Ley Fundamental; el de la libertad de la escuela privada del artículo 7 apartado 4 de la Ley Fundamental; y en la libertad de asociación del artículo 9 apartado 1 de la Ley Fundamental. Junto a estas pueden adquirir relevancia también, desde el punto de vista cultural, otros derechos fundamentales, en particular el desarrollo de la personalidad y la libertad general de acción del artículo 2 apartado 1 de la Ley Fundamental<sup>66</sup>. En fin, el anclaje en la dignidad del hombre del artículo 1 apartado 1 de la Ley Fundamental es una declaración cultural de alto rango<sup>67</sup>.

aa) Función primaria de estos derechos fundamentales es su capacidad de defensa contra intervenciones del Estado en los bienes jurídicos protegidos. Los derechos fundamentales están «en primer lugar encaminados a proteger la esfera de libertad del particular (...)», así decreta con razón el Tribunal Constitucional Federal dentro de su consolidada jurisprudencia<sup>68</sup>. Los derechos delimitan la acción del Estado, son normas de com-

<sup>63</sup> Cfr. J. D. KÜHNE, «45 Jahre Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Jubiläumsbemerkungen besonders zu ihrem Kulturstaatsteil», *NWVBI*, 1996, 325 (326, 327 ss.).

<sup>64</sup> *BayVGH*, nueva serie 3, 15 (28); 13, 109 (125); 23, 32 (44); 28, 107 (118).

<sup>65</sup> Cfr. J. D. KÜHNE, *ibidem*.

<sup>66</sup> Cfr. M. E. GEIS, «Ergänzung des Grundgesetzes um eine "Kulturklausel?"», *ZG*, 1992, p. 38 (48).

<sup>67</sup> Cfr. Th. MAUNZ, «Die Kulturelle Sicherheit des Bürgers», en *Festschrift für W. Apel*, 1958, p. 113 (115); D. GRIMM, *op. cit.*, p. 46 (65).

<sup>68</sup> *BverfGE* 7, 198 (204 ss.), 35, 79 (112), 39, 1 (41), 49, 89 (141 ss.), 52, 131 (165 ss.), 53, 30 (57); 66, 116 (133 ss., 135), 67, 157 (185), 69, 315 (343).

petencia negativa que aseguran la libertad del individuo, fundan —para decirlo con *Georg Jellinek*— su *status negativus*. En esta prospectiva corresponde también a los derechos fundamentales un significado constitutivo de la vida cultural comprendida en su interior: ellos garantizan cada espacio en el cual se despliega la autonomía específica de las esferas culturales en su respectiva «cercanía o lejanía respecto del Estado» y constituyen el fundamento para la creación cultural individual.

Para representar el significado de los derechos fundamentales de mayor importancia para la cultura considérese el «sentido y la función» de la libertad artística. Esto es: «dejar libre de cualquier inferencia del poder público la formación de los procesos, de las relaciones y de las decisiones determinadas por consideraciones estéticas que residen en la autonomía del arte». El modo y la manera en que el artista encuentra la realidad y da forma a los acontecimientos que experimenta gracias a aquel encuentro, no le pueden ser impuestos, si el proceso de creación artística se puede desarrollar libremente. El artista mismo, y solo él, puede decidir sobre la compatibilidad de su conducta de frente a la realidad, en cuanto la libertad artística comporta la prohibición de incidir sobre los métodos, «sobre los contenidos y las tendencias de la actividad artística, en particular la prohibición de limitar el espacio de la representación artística o de prescribir, de manera general, reglas vinculantes para este proceso creativo (...)»<sup>69</sup>.

La autonomía del arte requiere, además, explicar el objeto de tutela determinado por el derecho fundamental y las libertades en él garantizadas. Además de eso, es «de considerar que se pueda imaginar un ulterior concepto de arte, ya que la personal subjetividad del artista debe ser protegida de manera óptima como punto de partida para innovaciones creativas»<sup>70</sup>. En esta prospectiva se puede distinguir únicamente entre «arte» y «no arte»; mientras una valoración del nivel y, por consiguiente, una diferenciación entre arte «elevado» y «bajo», «bueno» o «malo», evidenciaría un modo de enjuiciamiento artístico no conciliable con la Constitución<sup>71</sup>.

Las actividades artísticas están ampliamente protegidas: tanto la «obra» como la «acción» de la creación artística están comprendidas en la garantía del artículo 5 apartado 3, primer párrafo de la Ley Fundamental. Estas dos esferas forman una unidad indisoluble<sup>72</sup>.

Autonomía y originalidad del arte encuentran expresión en la *incondicionada* concesión de la libertad artística de parte de la Ley Fundamental, que suscita variadas problemáticas en materia de colisión con otros derechos fundamentales y con otros principios constitucionales que,

<sup>69</sup> BVerfGE 30, 173 (190).

<sup>70</sup> Cfr. P. HÄBERLE, «Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat», *AöR*, 110 (1985), p. 577 (604); cfr. también BVerfGE 30, 173 (191).

<sup>71</sup> Cfr. BVerfGE 75, 369 (377).

<sup>72</sup> BVerfGE 30, 173 (189).

en esta sede, no pueden ser tratados<sup>73</sup>. La Ley Fundamental, sobre este punto, ha deducido consecuencias de la experiencia histórica, mostrando al arte en todas las ocasiones que el Estado ha intentado regularlo, dirigirlo o hasta anularlo, como una fuerza superior respecto al Estado y a sus partidarios<sup>74</sup>.

*bb)* Sin embargo, la Constitución no se limita simplemente a garantizar mediante las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales un espacio de libertad frente al Estado. Junto al carácter de defensa, la mirada debe ser dirigida especialmente a los valores culturales, y antes que nada al contenido jurídico objetivo de las disposiciones sobre derechos fundamentales<sup>75</sup>. En la historia de las ideas, ya dentro del siglo XIX, a las disposiciones sobre derechos fundamentales se asignó, en diversa forma, un contenido no meramente jurídico subjetivo<sup>76</sup>. Dentro de la vigencia de la Constitución de Weimar, los contenidos jurídicos objetivos valieron principalmente como garantías institucionales y garantías de institutos<sup>77</sup>. Propiamente ha sido mérito de Rudolf Smend en 1928, gracias a una particular «interpretación científico espiritual», el abrir un significado ulterior a las disposiciones sobre derechos fundamentales<sup>78</sup>. Smend otorga relevancia al contenido material integrante de la Constitución y, en particular, a los derechos fundamentales como factor de esa integración<sup>79</sup>. El principio fundamental de Smend era tan simple y obvio como radicalmente nuevo: los derechos fundamentales no pertenecen al derecho administrativo ni al derecho privado, sino al derecho constitucional. «Ellos regulan», como expone Smend, «sus objetos no desde el punto de vista de los particulares sectores técnicos del ordenamiento sino de aquel del Derecho constitucional —hasta cuando retoman a la letra una norma especial de ley le dan otro significado (...). Este particular carácter constitucional reivindicado por los derechos fundamentales —contra la concepción hasta ese entonces dominante— requiere una nueva interpretación de su contenido material y una nueva caracterización de su sentido de “validez formal”»<sup>80</sup>. La nueva orientación para Smend se basó en la consideración de que los derechos funda-

<sup>73</sup> Un panorama con ulteriores indicaciones en E. G. MAHRENOLZ, «Freiheit der Kunst», en E. BENDA-W. MAIHOFER-H. J. VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts*, II edit., 1994, p. 1289 (1308 ss.); en general, acerca de la colisión entre derechos fundamentales cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, 1994, pp. 603 ss.

<sup>74</sup> E. G. MAHRENOLZ, *op. cit.*, p. 1289 (1294, n. 19).

<sup>75</sup> En general, sobre los contenidos de derecho objetivo cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, 1988, pp. 888 ss.

<sup>76</sup> V. U. SCHEUNER, «Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts», en *Festschrift für E. R. Huber*, 1979, pp. 139 ss.

<sup>77</sup> Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 756 ss.

<sup>78</sup> R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, pp. 4 ss.

<sup>79</sup> R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 158.

<sup>80</sup> R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., pp. 161 ss.

mentales «norman un sistema cultural, de valores y de bienes»<sup>81</sup>. Aunque el nuevo modo de ver los derechos fundamentales no se pudo desarrollar a causa del veloz declive de la República de Weimar ha, empero, sobrevivido en los escritos del suizo Hans Huber<sup>82</sup>.

Después de la segunda guerra mundial, el Tribunal Constitucional federal ha hecho propia la «idea de valor» de los derechos fundamentales. Imitando a Smend, ha hablado de los derechos fundamentales como un «ordenamiento de valores» y como una «decisión de valores»<sup>83</sup>. En las recientes sentencias el Tribunal ha pasado a formulaciones un poco más neutrales —probablemente a causa de la crítica al concepto de valor— y en vez de esto habla de «principios objetivos» y, respectivamente, de «contenido de Derecho objetivo» o de «elementos de Derecho objetivo» de los derechos fundamentales<sup>84</sup>. Esta función del Derecho objetivo de los derechos fundamentales consiste principalmente en el reforzamiento de su función como derechos de defensa, agregándoles así algo más<sup>85</sup>.

Los contenidos de derecho objetivo de los derechos fundamentales tienen un significado esencial para la esfera cultural. En esta perspectiva deben indicarse primeramente las garantías de las instituciones relevantes para la cultura y, especialmente, las garantías del derecho a la educación del artículo 7 de la Ley Fundamental, la garantía de la ciencia del artículo 5 apartado 3 de la Ley Fundamental, y las garantías de las «grandes» congregaciones religiosas del artículo 140 de la Ley Fundamental<sup>86</sup>.

De los contenidos de Derecho objetivo de los derechos fundamentales y, en particular, del artículo 5 apartado 3 y del artículo 7 de la Ley Fundamental se han deducido, además, las obligaciones estatales de protección y promoción. Así, el Tribunal Constitucional Federal deduce del artículo 7 apartado 4 de la Ley Fundamental el deber del legislador y del Poder Ejecutivo «de promover (...) la organización escolar privada sustitutiva y de proteger su existencia»<sup>87</sup>. En todo caso, la obligación estatal de protección y promoción se valora, ante todo, como una «obligación de actuar» de parte del Estado, «si la existencia de la organización escolar privada, como

<sup>81</sup> R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 163.

<sup>82</sup> H. HUBER, *ZSchwR* (nueva serie), vol. 55 (1936), pp. 1 ss. (152 a).

<sup>83</sup> *BVerfGE* 5, 85 (204 ss.); 6, 32 (40 ss.); 6, 55 (72); 7, 198 (204 ss.); 10, 59 (81); 12, 113 (124); 21, 362 (372); 25, 226 (263); 34, 269 (280); 35, 79 (114); 39, 1 (41); 52, 131 (165).

<sup>84</sup> *BVerfGE* 20, 162 (175); 25, 256 (263); 39, 1 (42); 50, 290 (337); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 57, 295 (320); 59, 295 (320); 66, 116 (135); 74, 297 (323); *BVerfGE*, *EuGRZ* 1987, p. 353.

<sup>85</sup> *BVerfGE* 7, 198 (205); 50, 290 (337); 57, 295 (319 ss.); 60, 234 (239); 61, 1 (10 ss.); 62, 230 (240).

<sup>86</sup> Sobre la garantía institucional, véase K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 751 ss., con indicaciones ulteriores.

<sup>87</sup> *BVerfGE* 75, 40 (62), con indicaciones ulteriores.

institución, sea puesta en peligro de forma evidente»<sup>88</sup>. El Tribunal Constitucional Federal califica también la decisión de valor objetivo del artículo 5 apartado 3 de la Ley Fundamental como una función estatal de cuidado y promoción de la ciencia y del arte<sup>89</sup>. Esta función a favor del arte es, sin embargo, considerada esencialmente más modesta que aquella en favor de la ciencia. Refleja, ante todo, únicamente una autorización que no da lugar, fundamentalmente, a alguna exigencia individual de subvención<sup>90</sup>.

Sobre la base de sus efectos jurídicos, las obligaciones de protección de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales son, en primera línea, obligaciones de defensa respecto de peligros y daños y tal vez, subsidiariamente, garantizan pretensiones individuales de prestación y participación<sup>91</sup>.

Hasta qué punto pueden ser deducidas pretensiones subjetivas del contenido de Derecho objetivo de los derechos fundamentales es algo que pertenece a una de las cuestiones más controvertidas de la moderna doctrina alemana de los derechos fundamentales<sup>92</sup>. Hasta ahora, el Tribunal Constitucional Federal ha argumentado únicamente en relación al caso concreto interpuesto a su examen<sup>93</sup>.

b) La Ley Fundamental no contiene únicamente determinaciones sobre los derechos fundamentales relevantes culturalmente, sino también disposiciones respecto de competencias que hacen referencia a la cultura, a las que aludo solamente porque no simbolizan de por sí valores, sino sirven solo a su realización. En particular, pueden indicarse aquí:

- La competencia legislativa exclusiva de la Federación respecto de los asuntos exteriores en base al artículo 73, apartado 1, de la Ley Fundamental, como también la correlativa competencia de la Federación para el cuidado de las relaciones con otros Estados según el artículo 32 de la Ley Fundamental que confiere a la Federación la competencia sobre la política cultural exterior.

<sup>88</sup> BVerfGE 75, 40 (62).

<sup>89</sup> Para la ciencia BVerfGE 35, 79 (114); 39, 247 (255); 43, 242 (247); 47, 327 (369 ss., 387); 54, 363 (387); 55, 37 (61 ss.); 61, 210 (242); 66, 155 (177 ss.); 67, 202 (207); 81, 108 (109); para el arte: BVerfGE 36, 321 (331); 67, 213 (224); 81, 108 (109).

<sup>90</sup> Véase, por ejemplo, R. SCHOLZ, en Th. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar, Art. 5 III, n. 6*, p. 40; F. HUFEN, *Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen*, 1982, p. 361 ss.; U. STEINER, *op. cit.*, p. 7 (14 ss.); E. ERBEL, *Inhalt und Auswirkung der verfassungrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie*, 1966, p. 102; H. GRAUL, *Künstlerische Urteile im Rahmen der staatlichen Förderungstätigkeit*, 1970, p. 52.

<sup>91</sup> Sobre el punto, cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik*, cit., pp. 978 ss.

<sup>92</sup> Cfr. las indicaciones en K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., pp. 979 ss., notas 415-417.

<sup>93</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 6, 55 (72), 10, 302 (322); 30, 173 (188); 39, 1 (46 ss.); 43, 242 (267); 46, 160 (164 ss.); 48, 127 (161); 69, 1 (22); BVerfGE, *EuGRZ* 1987, p. 353.

- La competencia legislativa exclusiva de la Federación, tratándose del derecho de autor y la propiedad literaria según el artículo 73, párrafo 9, de la Ley Fundamental.
- La competencia legislativa concurrente de la Federación para la reglamentación de las becas de estudio y la promoción de la investigación científica, sobre la base del artículo 74, apartado 1, párrafo 13 de la Ley Fundamental.
- La competencia legislativa compartida de la Federación, concerniente a los principios de la materia universitaria, según el artículo 75, apartado 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental.
- La competencia legislativa compartida de la Federación sobre la protección de los bienes culturales alemanes contra su traslado al exterior, según el artículo 75 apartado 1, párrafo 6 de la Ley Fundamental.

Además de esto, corresponden todavía a la Federación competencias dentro del cuadro de las funciones comunes indicadas en la sección VIII de la Ley Fundamental, para la potenciación y nueva construcción de Universidades, incluidas las clínicas universitarias (artículo 91 a, apartado 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental), no sólo en el ámbito planificador de la formación y en el sostenimiento de la investigación (artículo 91 b de la Ley Fundamental).

En fin, el artículo 23 y el artículo 24 de la Ley Fundamental abren la posibilidad de transferir competencias culturales de la Federación y de los *Länder* a la Unión Europea, o bien, a instituciones infraestatales.

## 5. LA DIMENSIÓN CULTURAL EN EL DERECHO COMUNITARIO

Quiero concluir mis consideraciones con la dimensión cultural en el proceso de unificación europea que se hace cada vez más importante<sup>94</sup>. Gracias al Tratado de la Unión Europea del 7 de febrero de 1992 esta dimensión ha encontrado una amplia expresión normativa. Ya en el preámbulo del Tratado de *Maastricht* se puso en evidencia el significado cultural de la unificación europea ahí donde se estipula que los Estados miembros expresan el «deseo de reforzar la solidaridad entre sus pueblos en el respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones». Pero sobre todo ha

<sup>94</sup> Cfr., sobre este punto, M. NIEDOBITEK, *Kultur und europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1992; G. REISS, *Kultur und Eurpäisches Binnenmarkt*, 1991; BERTELSMANN-STUFTUNG (editor), *Die Zukunft Europas- Kultur und Verfassung des Kontinents*, 1991, J. HOCHBAUM, *Der Begriff der Kultur im Maastrichter und Amsterdamer Vertrag*, BayVBI, 1997, pp. 641 ss., 680 ss., con indicaciones ulteriores.

sido introducido un nuevo Título IX «Cultura» (artículo 128 del Tratado de Roma) en el texto del Tratado.

El aspecto cultural no es, sin embargo, una completa novedad en el proceso de unificación europea, pues ya el 18 de julio de 1961 los jefes de Estado y de Gobierno en su comunicado final declaraban: «La colaboración de los seis debe salir del contexto político en sentido propio; se deberá extender en forma particular hacia cuestiones de enseñanza, de cultura y de investigación, y será asegurada a través de encuentros periódicos de los ministros implicados»<sup>95</sup>. Ciertamente es que se ha esperado hasta 1992 para que esta intención fuese convertida en normas y para que la famosa expresión del gran europeísta Jean Monnet fuese realizada: «si pudiese iniciar una vez más, comenzaría entonces Europa con la cultura y no con la economía»<sup>96</sup>.

El artículo 128 del Tratado de Roma merece la aprobación, en particular por su dicción. No se trata de la «cultura europea» sino de las «culturas de los Estados miembros, bajo la salvaguarda de su pluralidad nacional y regional», así como de la «herencia cultural común»<sup>97</sup>. La formulación pone de relieve, con particular claridad, el reconocimiento de la multiplicidad cultural de las naciones europeas. Al mismo tiempo, se acepta, de este modo, que las culturas de los Estados miembros, las cuales ofrecen mucho más que una rica faceta, deben ser respetadas como elemento esencial de su estatalidad. Este reconocimiento de las diversas culturas en los Estados miembros significa, dentro del proceso de unificación europeo, el mantenimiento de las respectivas identidades culturales nacionales y, al mismo tiempo, representa un presupuesto esencial y un encargo para realizar una Europa no únicamente económica, sino también espiritual. Justamente la Comisión ha sabido trasladar esto en su comunicación del 22 de abril de 1992 sobre «el nuevo concepto de cultura de la comunidad» al Consejo, al Parlamento europeo y a la Comisión económico-social, explicando que, «en consideración a la intolerancia creciente en un gran número de regiones, se debe actuar de forma tal que la cultura del otro sea comprendida, apreciada y respetada exactamente así como la cultura propia»<sup>98</sup>.

Sin embargo, para la atención necesaria a las diversas culturas de los pueblos europeos, debemos poner delante de nuestros ojos lo que nos une, esto es: los valores espirituales comunes, jurídicos y políticos, y con ello mismo, los valores culturales de la Unión también, los cuales forman la herencia cultural común formada en los siglos pasados: «Europa es algo más que un simple concepto geográfico, o que un sistema administrativo de la Comisión europea, y es, más que nunca, mucho más que un futuro espa-

<sup>95</sup> Comunicado final del 18 de julio de 1961, *HER I A 13/2*.

<sup>96</sup> J. MONNET, *Erinnerungen eines Europäers*, 1988.

<sup>97</sup> G. RESS, «Die neue Kulturkompetenz der EG», *DöV*, 1992, p. 944 ( 947), saca a la luz como las palabras *cultura europea* han sido cuidadosamente evitadas.

<sup>98</sup> X/11192-Rev. 1, p. 1.

cio monetario»; nos une la «idea de la libertad del hombre autoresponsable» y la fundación filosófico-espiritual de los derechos del hombre; por lo cual, la «cultura de la libertad» es el fundamento espiritual de Europa<sup>99</sup>.

Sobre el terreno italiano es oportuno recordar que quinientos años atrás, en Florencia, la capital del renacimiento, se publicó la oración «*De dignitate hominis*» —Acerca de la dignidad del Hombre— de Giovanni Pico della Mirandola, en un momento en que el autor mismo había ya perecido.

Aun en la Antigüedad, en los tratados de dominio españoles y en la *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215, y más tarde también en algunos pactos y declaraciones se afirmaron en forma cauta los derechos del hombre del periodo anterior a la época moderna, por ejemplo en lo concerniente a la inviolabilidad de la persona y a la propiedad, ha sido en primer lugar ciertamente la obra de Pico della Mirandola la que ha puesto en Europa al hombre como ser autónomo en el centro de la moderna concepción del mundo.

Pico della Mirandola no se conforma con comprender al hombre, filosófica o teológicamente, como libre y razonable artífice de su existencia; más que eso, reconoce la necesidad de fundar normativamente los derechos del hombre, que en modo inalienable se sitúan en el origen de su dignidad y en la base de todas las comunidades humanas.

En los siglos subsiguientes, en una sucesión veloz, se han presentado sobre el palco escénico mundial religiosos, filósofos, teólogos y juristas de todas las naciones europeas para propugnar la idea de los derechos inmanentes del hombre. El fundamento espiritual-filosófico de los derechos que corresponden al hombre por virtud de su naturaleza, de su dignidad inmanente y de su personalidad autónoma, ha conducido a Constituciones que, junto a la organización fundamental, contenían, como estructura central de una comunidad, los derechos fundamentales del individuo frente al poder estatal. Por eso las Constituciones mismas son obras culturales y valores del más alto nivel. En las Constituciones, por otra parte, los derechos fundamentales son valores culturales basilares. Su expresión más importante es la idea de la libertad del hombre autoresponsable. Nosotros debemos tutelarlos y transmitirlos como memoria nuestra y como herencia esencial de la comunidad. Por esto, cultura y Constitución forman un conjunto único y representan las dos caras de la misma medalla.

(Traducción al castellano a partir del texto italiano, remitido por el Profesor Stern, de CÉSAR I. ASTUDILLO REYES\*).

<sup>99</sup> R. HERZOG, «Discurso con motivo de la atribución del premio internacional Carlos de Aquisgrán», citado en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 9 de mayo de 1997, pp. 1 ss.

\* Becario CONACYT. Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.