

**DEL DERECHO A LA CULTURA A LA  
CULTURA DE LOS DERECHOS**

---

---

## Javier Tajadura Tejada\*

---

**Resumen:** El artículo tiene como objetivo presentar la integración de la cultura en la Constitución Española de 1978. Con este fin, la cultura se presenta en uno de su triple aspecto, es decir, como un derecho constitucional de acceso a la cultura que se desarrolla en el pluralismo cultural de los pueblos de España. A continuación, se presenta la teoría de la integración de Rudolf Smend (1985) para investigar la cultura de los derechos, cuando se quiere introducir en el multiculturalismo, el pluralismo religioso y la tipología de sus conflictos de orden jurídico, así como el tema relacionado con la fundamentación y la aplicación de los derechos fundamentales previsto en el ámbito constitucional y relacionados con la educación, la cultura y la laicidad.

**Palabras clave:** Constitución; cultura; integración.

Con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución (SMEND).

El pluralismo cultural, o sea el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales, no debe confundirse con el relativismo cultural, es decir, con el mito de que todas las formas culturales poseen idéntico valor (PÉREZ LUÑO).

Es el momento de encarar frontalmente el debate sobre el grado de complejidad y desintegración cultural que pueden soportar en la actualidad muchas de nuestras

---

\* Universidad del País Vasco.

tradicionales organizaciones sociales sin verse irremediabilmente abocadas a una descomposición progresiva o, incluso, a una precipitada extinción a corto plazo (DE CASTRO CID).

A los miembros de las culturas minoritarias no les queda otra alternativa que adaptarse al contenido nuclear del orden constitucional o partir (GRIMM).

## 1 Constitución y cultura

La irrupción de la cultura en el constitucionalismo es relativamente tardía. Por lo que respecta a nuestro país, ni una sola de las Constituciones españolas del siglo XIX incluyó en su articulado la voz cultura. Ciertamente es que los textos constitucionales regularon materias conexas como la educación, la imprenta o la lengua, pero nunca hablaron expresamente de cultura.

Esta ausencia de la cultura en nuestras constituciones decimonónicas se dio también en el ámbito del constitucionalismo comparado. La recepción constitucional de la cultura tuvo que esperar hasta el siglo XX (Constituciones de Querétaro y Weimar).

En España, fue la Constitución republicana la que introdujo la cultura en el sistema constitucional. Ulteriormente, todas las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial han constitucionalizado la cultura.

Nuestra Constitución de 1978 no es, en este aspecto, una excepción. Son numerosos los preceptos del texto constitucional que recogen el sustantivo “cultura” y el adjetivo “cultural”: Preámbulo, arts. 9.2, 25.2, 44, 46, 48, 50, 143.1, 148.1.17, 149.1.28 y 149.2. En otros muchos, (3, 20, 27) aparecen palabras cuya conexión con la noción de cultura es evidente: archivos, arte, artesanía, bibliotecas, ciencia, conservatorios de música, educación, investigación, lenguas, literatura, museos, patrimonio histórico-artístico, patrimonio monumental, técnica, tradiciones.

La profusión de preceptos que hacen referencia a lo cultural ha llevado a la doctrina a estudiar nuestra “Constitución cultural”. En este sentido, mi maestro el profesor Torres del Moral (1984, 2004), en su brillante y sugerente comentario al artículo 44 de la Constitución afirma: “Generalmente, podríamos decir que en todo texto fundamental, al menos en el constitucionalismo más reciente, coexisten una Constitución política, una Constitución económica y una Constitución cultural. Tal sucede en la Constitución española”.

La Constitución cultural vendría así definida por la interpretación sistemática de todos los preceptos que se refieren a la realidad pluridimensional en que la cultura consiste. Realidad pluridimensional porque en la Constitución la cultura presenta una triple faceta:

- a) En primer lugar, la cultura es un ámbito de la vida humana, como lo es el político, el económico o el social. Tal es el sentido del párrafo quinto del Preámbulo constitucional al aludir a las dos dimensiones del progreso: la

económica y la cultural. Dicha perspectiva se encuentra reflejada, de forma general, en el artículo 9.2 que atribuye a los poderes públicos la tarea de facilitar la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social. El artículo 48 proyecta el principio a un sector social determinado: la juventud.

- b) En segundo lugar, la cultura es un derecho. Ello se refleja en el artículo 44 de la Constitución, objeto principal de esta Ponencia. También en el artículo 25.2 en relación con los presos y en el artículo 50 referido a la tercera edad.
- c) Por último, la cultura es una función del Estado como se desprende claramente del importantísimo artículo 149.2. Lógica consecuencia de la configuración del acceso a la cultura como un derecho de todos. A la función protectora de las “culturas” y promotora de la “cultura” alude también el Preámbulo constitucional. Para su cumplimiento el Estado cuenta con una notable variedad de instrumentos: artículos 20, 27, 43.3, 45, 46, 51.2.

La filosofía y la antropología son las ciencias que más atención han prestado al concepto de Cultura. El Derecho tiene que recurrir a ellas. Para no extendernos demasiado, podemos afirmar que las diversas escuelas antropológicas coinciden, en las siguientes ideas<sup>1</sup>:

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

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

De lo anterior se deduce que no es por tanto el mismo el significado que adquiere la voz cultura según se emplee el singular o el plural. Una cosa es la “cultura”, como cultura humana o universal, y otra cosa distinta son “las culturas” como expresiones de supuestas identidades colectivas.

.....  
<sup>1</sup> Para un análisis más detallado remito al lector a mi trabajo, Tajadura (1997).

Si lo anterior tiene algún fundamento, desde una perspectiva estrictamente jurídica tendremos que diferenciar con claridad el reconocimiento de un derecho a la cultura o de “acceso a la cultura” como dispone el artículo 44 de nuestra Constitución, de lo que podría denominarse un supuesto “derecho a la identidad cultural”. El reconocimiento del primero es un elemento esencial de todo Estado Constitucional configurado como Estado Social y Estado de Cultura. El segundo, como veremos, resulta mucho más problemático.

### 1.1 La cultura en la Constitución de 1978

El constituyente recogió las dos concepciones de cultura. En el Preámbulo mismo se recogen los términos “cultura” y “culturas”. El Preámbulo, texto que recoge el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución y la síntesis de los fines del Estado, alude en el párrafo cuarto a la protección de las “culturas” de los distintos pueblos de España y en el párrafo quinto se refiere a la promoción del progreso de la “cultura”. La polisemia del término cultura se pone de manifiesto con toda claridad en estas dos disposiciones preambulares.

El significado de la locución del párrafo cuarto viene determinado por su construcción plural y posesiva “sus culturas”. Las culturas se imputan a los diferentes pueblos de España. Fácilmente se deduce que el concepto de cultura aquí empleado es el propio de la escuela particularista. Por el contrario, el párrafo quinto al proclamar como voluntad de la nación “el progreso de la cultura” parece corresponderse mejor con una concepción universalista. La introducción de la idea de progreso presenta, además, ecos ilustrados evidentes.

Establecido esto, hay que destacar que nuestra Constitución como Constitución de un auténtico Estado de Cultura, reconoce un gran repertorio de libertades. Todas ellas tienen como fundamento el principio “del libre desarrollo de la personalidad” que la propia constitución recoge en el artículo 10.

Siguiendo a Prieto, podemos establecer la siguiente tipología (PRIETO DE PEDRO, 1992):

- a) Libertades de creación cultural: derechos a la libre creación literaria, artística, científica y técnica, y derechos de protección sobre dichas creaciones (artículo 20.1.b).
- b) Libertades de comunicación cultural: derecho genérico a la libre transmisión de la cultura, libertad de enseñanza, libertad de cátedra (artículos 20.1.c y 27.1).
- c) Libertades de emprendimiento e institucionalización cultural que garantizan la pluralidad de iniciativas en relación a la cultura impidiendo el monopolio de iure de los poderes públicos (artículos 22, 27.5, y 34).

Por otra parte, la Constitución española de 1978 contiene un amplio repertorio de garantías de la pluralidad cultural de los diferentes grupos en los que los ciuda-

danos españoles se mueven. El presupuesto sobre el que descansan todos ellos es la consideración del pluralismo cultural como un valor.

El mayor desarrollo de este principio se encuentra en la garantía del pluralismo cultural de los pueblos de España. El pluralismo se concreta, entonces, en un sistema de autonomías territoriales dotadas de amplísimas facultades de autogobierno en materia cultural. En tal sentido se instala el reconocimiento del derecho a la autonomía por el artículo 2 y su desarrollo en el Título VIII. Especialmente enfática es también la declaración del artículo 3: “La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección”. Igualmente se proyecta el pluralismo en el artículo 46.

Además la Constitución garantiza el pluralismo cultural en instituciones concretas: centros de enseñanza y medios de comunicación:

- a) El artículo 27 garantiza el pluralismo educativo. En sus apartados 1 y 6 el pluralismo *ad extra* y en sus apartados 5 y 7 *ad intra*.
- b) El artículo 20.3 en relación con los medios de comunicación social del Estado se establece que la ley habrá de garantizar “el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

Junto a este amplio repertorio de libertades, la Constitución impone una serie de obligaciones en materia cultural a los poderes públicos. Todas ellas se fundamentan en la función asumida por el Estado de garante del progreso de la cultura. En realidad no es exagerado decir que la asunción del progreso de la cultura como fin estatal es lo que diferencia a un Estado de Cultura de otro que no lo es. Este principio exige una acción positiva del Estado para hacer accesibles a todos los ciudadanos los bienes culturales.

Así, entre los preceptos en que se atribuyen a los poderes públicos tareas en orden al desarrollo de la Cultura cabe señalar que:

- a) Según el artículo 44.1 deben tutelar y promover el acceso a la cultura.
- b) De los artículos 27.4 y 9 se desprende que han de garantizar la gratuidad de la enseñanza. A los poderes públicos compete la programación general de la enseñanza, con la participación de los sectores afectados – el principio democrático modula así el cultural – y la creación de centros docentes (art. 27.5), así como la vigilancia de todo el sistema educativo para garantizar que se cumplen las leyes (art. 27.8).
- c) El Estado, en virtud del artículo 44.2, ha de promover el desarrollo de la investigación y la ciencia en beneficio del interés general.
- d) El artículo 46 atribuye a los poderes públicos el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural.
- e) Otros muchos artículos contienen también obligaciones específicas del Estado en relación con lo cultural: artículos 25, 43.3, 50 y 51.

## 1.2 El derecho de acceso a la cultura

De entre todos los preceptos mencionados, el artículo 44 de la Constitución de 1978 merece especial atención. Dicho precepto establece: “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”. Disposiciones de este tenor son muy escasas en el Derecho constitucional comparado. Lo corriente en los textos constitucionales de nuestro entorno es emplear la expresión “derechos culturales”. El antecedente de nuestro artículo 44 lo encontramos en la Constitución portuguesa de 1976 que dispone en su artículo 73.1: “Todos tienen derecho a la educación y a la cultura”.

Como causas que explican la reticencia a reconocer el “derecho a la cultura” cabe señalar las siguientes:

- a) La inseguridad del legislador ante la noción misma de cultura.
- b) El temor a que de la cultura se derive una incontrolable demanda social de prestaciones.
- c) Restos de un pudoroso recelo, heredado del viejo Estado liberal, a considerar la cultura como objeto de prestación de los poderes públicos.

Los constituyentes españoles y portugueses dan un paso decisivo al consolidar la cultura como un derecho autónomo, en concreto como un derecho de prestación.

El artículo 44 marca así un hito en nuestro constitucionalismo. La visión que el constitucionalismo había tenido del fenómeno cultural había sido siempre fragmentaria. Lo cultural aparecía de forma dispersa, nunca globalmente considerado. Ahora se configura como una totalidad.

El artículo 44 permite, pues, una visión plena, totalizadora, global del hecho cultural. Como señala Torres del Moral (2004), el artículo 44 contiene “un concepto complejo y rico de cultura como cultivo del hombre en su más variada exigencia, como desarrollo de todas sus aptitudes, de todas sus capacidades; es la *paideia* de los griegos, la *humanitas* de los romanos, la *civilitas* del hombre medieval”. En el mismo sentido, escribe Prieto de Pedro (1992, p. 79),

[...] en el artículo 44 es donde la mención a la cultura despliega toda su plenitud semántica: en tanto condensa la dimensión público-subjetiva de los ciudadanos ante los poderes públicos en las posibles exigencias de acceso a las manifestaciones de la cultura, cumple una función globalizadora, de síntesis, de la totalidad de los contenidos comprendidos en la noción étnica de cultura, como derecho a la diferencia, y en la noción general de cultura, como facultad de acceder a los bienes del espíritu que esta noción incluye.

De la literalidad del precepto se desprende que el objeto del derecho constitucional recogido en el artículo 44 no es tanto el derecho a la cultura, como el derecho de acceso a ella. Como advierte el profesor Torres del Moral, el derecho a la cultura es el derecho a los medios que faciliten su acceso; y como, por una parte,

esos medios no son de producción y conservación espontánea, y por otra, dicho acceso no es abierto y libre, igualmente natural y económicamente factible sino que queda reservado a unos pocos, *el derecho a la cultura se convierte en el derecho a un servicio público*. Enlazamos así con el tema de la función cultural del Estado.

El constituyente español de 1978 ha asumido con claridad y rotundidad la función cultural del Estado de la que hablan Lasalle, Jellinek, Carré de Malberg y Heller, entre otros, al considerar “el servicio de la cultura como un deber y atribución esencial del Estado” (artículo 149.2 de la Constitución española). El acceso a la cultura al que todos tienen derecho (art. 44 CE), tendrá que promoverse fundamentalmente partiendo de la organización y puesta en funcionamiento de unos “servicios públicos culturales”<sup>2</sup>.

La aparición de los “servicios públicos culturales” es la lógica consecuencia de haber asumido el Estado como función, el desarrollo de la cultura, el progreso de la cultura, según la expresión del Preámbulo de la Constitución. Y haberlo asumido no como una función más, sino como “deber y atribución esencial” según la fórmula empleada por el artículo 149.2 de la Constitución, verdadera cláusula de constitucionalización del Estado de Cultura que dice así:

Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.

La fórmula nos recuerda a la empleada por la Constitución republicana en su artículo 48: “El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado”. La redacción del artículo 149.2 no es hiperbólica. Es la constatación de que como recordara Ortega la Cultura constituye el deber primario del Estado.

Nuestra Constitución recoge así con toda claridad lo que podemos denominar un principio de intervención estatal en materia de cultura (artículos 9.2, 27.5, 44, 46, 48, 50 y 149.2). Principio que encuentra su fundamento en el artículo 44 del Texto fundamental, objeto de esta Ponencia. La Constitución obliga a los poderes públicos (a todos, centrales y territoriales) a realizar una labor activa en la vida cultural para lograr que todos los ciudadanos tengan acceso a los bienes culturales. Y partiendo de este dato indiscutible es como hay que analizar la relación de ese principio constitucional con otro principio fundamental como es el principio de libertad cultural. En este sentido Ruiz Robledo (2006) ha advertido como

---

<sup>2</sup> La existencia de dichos servicios es la lógica consecuencia de la nueva configuración del Estado tras la segunda postguerra mundial y de la incidencia de esta en su política cultural. Incidencia que siguiendo a Vaquer podemos afirmar que presenta una triple dimensión puesto que afecta a los instrumentos, a los ámbitos y a los fines de dicha política: “En primer lugar, se ha pasado – utilizando una conocida distinción de Forsthoff – de la ‘constitución’ a la ‘acción’ cultural, es decir, del mero diseño de un orden para la acción a la normalización de la acción en sí misma por parte del Estado. En segundo lugar, el Estado Social ha supuesto la universalización de los ámbitos de intervención estatal que, de reducirse prácticamente a la instrucción pública y la conservación del patrimonio histórico, han pasado a abarcar la generalidad de lo que conocemos como cultura. Y, en tercer lugar, este nuevo Estado se ha propuesto, más allá de la garantía formal de la libertad y la igualdad, promover positivamente su efectividad en el acceso de todos a los bienes culturales” (VAQUER, 1998).

[...] la tensión entre los principios de neutralidad y de intervención en la cultura del Estado es un epifenómeno de la tensión que se produce entre el Estado de Derecho, garantizador de unas libertades públicas (gracias fundamentalmente a su abstencionismo), y el Estado Social, defensor de los sectores sociales más frágiles mediante una política activa e intervencionista<sup>3</sup>.

La participación de una persona en la vida cultural puede ser activa, como creador de bienes culturales, o pasiva, como receptor de los mismos. De esta dualidad se deduce que la obligación de los poderes públicos en materia cultural es doble: por un lado han de procurar que ninguna persona capaz e interesada deje de incorporarse al reducido círculo de creadores culturales; por otro lado han de velar por que todas las personas puedan disfrutar del mayor número de bienes culturales posibles. El Estado, por tanto debe promocionar tanto la creación como la difusión de la cultura, pero sin cercenar la libertad cultural. ¿Cómo alcanzar el necesario equilibrio entre ambos principios: libertad cultural y promoción de la cultura? Robledo (2006) responde a este interrogante con palabras que compartimos plenamente:

[...] el equilibrio debe estar en algún punto medio entre el abstencionismo total de ni siquiera subvencionar económicamente las actividades culturales privadas (se vulneraría el principio de promoción) y el dirigismo avasallador de controlar cualquier iniciativa particular (se vulneraría el de libertad cultural).

En un principio puede parecer que desde un punto de vista jurídico esta respuesta es en exceso imprecisa e indeterminada. Sin embargo proyectada sobre los problemas jurídico-políticos que sobre el tema se plantean tiene una enorme virtualidad y es precisamente la de excluir esas posturas extremas.

Examinado así el significado y alcance del “derecho de acceso a la cultura”, procede examinar como abordar el fenómeno del multiculturalismo desde la CE de 1978. Constitución que, como hemos visto, aunque recoge la noción particularista de cultura no contiene ningún hipotético “derecho a la identidad cultural” de grupos, colectivos o minorías. En el contexto de sociedades multiculturales como lo son las europeas del presente, esta cuestión adquiere una importancia fundamental.

Entramos así en la otra dimensión de la relación entre Constitución y cultura, la que se configura como el problema constitucional por antonomasia: la integración social. En última instancia, el derecho de acceso a la cultura puede y debe ser afrontado y resuelto desde las coordenadas del Estado Social, y como tal es un problema de distribución de recursos. Mediante una decisión mayoritaria se logra un acuerdo

<sup>3</sup> La tarea no es fácil. En este sentido preciso es advertir que, en su concreción práctica, y en el actual contexto histórico, político, e ideológico, el progreso de la cultura democrática exige combatir, simultáneamente, en dos frentes: el de los particularismos excluyentes, y el de la mercantilización de la cultura. Resultan muy expresivas las palabras con que concluye Finkelkraut su brillante ensayo sobre la cultura. Apuntan con gran precisión los dos obstáculos a que la consecución de un auténtico Estado de Cultura habrá de hacer frente: “La barbarie ha acabado por apoderarse de la cultura. A la sombra de esa gran palabra, crece la intolerancia al mismo tiempo que el infantilismo. Cuando no es la identidad cultural la que encierra al individuo en su ámbito cultural y, bajo pena de alta traición, le rechaza el acceso a la duda, a la ironía, a la razón – a todo lo que podría sustraerle de la matriz colectiva –, es la industria del ocio, esta creación de la era técnica que reduce a pacotilla las obras del espíritu (o, como se dice en América, de *entertainment*). Y la vida guiada por el pensamiento cede suavemente su lugar al terrible y ridículo cara a cara del fanático y del zombie” (FINKIELKRAUT, 1987, p. 139).

sobre la cuantía de los recursos que los poderes públicos van a dedicar a la cultura y sobre su concreto reparto.

Ahora bien, al entrar en juego el concepto de identidad cultural predicado de ciertos grupos o minorías, las decisiones de una mayoría parlamentaria no resuelven el conflicto porque no se trata de un problema de “distribución de recursos” sino de un problema de “reconocimiento”. No se trata ya de “repartir” sino de “reconocer”

## 2 Constitución e integración

Cualquier reflexión jurídica o política sobre el pluralismo cultural y religioso que caracteriza a las sociedades europeas del presente, nos remite, de una u otra forma, a una pregunta fundamental: “¿Qué mantiene unida a una sociedad?”.

En relación con los regímenes democráticos debemos al genio de Alexis de Tocqueville una rigurosa y sugerente investigación sobre el tema. En “La democracia en América”, Tocqueville se pregunta qué es lo que mantiene vivas las instituciones democráticas y garantiza la estabilidad de la República. Y responde que se trata de la acción combinada de tres factores: primero, las condiciones físicas, geográficas y climáticas; segundo, las leyes; y tercero, “les moeurs”, los principios, las costumbres, usos y opiniones. Los mores en el sentido que el término tenía en el mundo romano. Tocqueville sostenía que desde la perspectiva europea se había sobrevalorado la importancia de los factores físico-geográficos, porque en realidad estos son menos significativos que las leyes, y en todo caso, la eficacia integradora de la ley es “infinitamente menor” que la de las costumbres.

Podemos preguntarnos hoy si esa jerarquización u otra que pudiéramos llevar a cabo tienen algún sentido. En todo caso, las leyes y las costumbres son la proyección de un orden material de valores cuya traducción jurídica y expresión política es la Constitución. En este sentido la cuestión a dilucidar es si una Constitución es suficiente para mantener unida a la sociedad. Y nuestra respuesta, partiendo de la célebre y clásica teoría de Rudolf Smend (1985), de la Constitución como integración, necesariamente, ha de ser afirmativa. Y ello porque si la Constitución no produce esa integración, es una Constitución fracasada, o dicho de otra forma, no es, realmente, una Constitución.

El logro de la “integración social” sigue siendo considerado el principal criterio legitimador del poder público. Sin embargo, qué entendamos por integración es algo que no resulta fácil de determinar.

Guerras civiles sangrientas o incluso de exterminio como las que observamos impotentes en África y como las que han tenido lugar aun hace poco tiempo en los Balcanes deben quedar definitivamente descartadas en Europa. Pero, prescindiendo de tales supuestos extremos –escribe el profesor Denninger– en torno al significado real de la ‘integración social’ reina una gran oscuridad, o dicho con mayor precisión: una gran diversidad de opiniones (SMEND, 1985).

En este confuso escenario, resulta fundamental volver a recordar la teoría constitucional de Rudolf Smend. En ella encontramos los presupuestos necesarios para afrontar la problemática del multiculturalismo en las sociedades europeas del siglo XXI.

## 2.1 La teoría de la integración de Rudolf Smend

En una breve obra titulada “Constitución y Derecho Constitucional” y publicada en 1928, Smend expone su célebre teoría de la integración (SMEND, 1985)<sup>4</sup>. El profesor alemán expone una visión dinámica del Estado según la cual éste es resultado de un proceso de creación continuo que se cumple mediante las tres típicas integraciones: personal, funcional y real. “El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda”. Sobre esta base construye Smend (1985, p. 60) el concepto de integración:

El Estado no constituye en cuanto tal una totalidad inmóvil, cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos. Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración.

El concepto de integración condujo a Smend (1985) a una concepción unitaria y totalizadora de la Constitución. La Constitución es el orden jurídico del total proceso de integración en que el Estado consiste, es esencialmente un “orden integrador”. La conclusión que de esto se extrae es similar a la deducida del concepto schmittiano de Constitución (decisión política fundamental): la constitución no puede disolverse en un complejo de normas, sino que es una unidad que actúa como ley vital de algo absolutamente concreto, y cuya esencia, por tanto, está más allá de su carácter técnico jurídico.

Los diferentes tipos de integración que Smend considera son los siguientes<sup>5</sup>:

- a) Integración personal. A esta esfera corresponden ciertas personas o grupos (jefes de Estado, Gobierno, burocracia, etc.) cuya esencia no se agota en

---

<sup>4</sup> Para la comprensión y contextualización de la obra de Smend, resulta fundamental, Lucas Verdu (1987).

<sup>5</sup> Hay que advertir que ninguno de los fenómenos incluidos en cada uno de los tipos de integración pertenece, de manera exclusiva o pura, al grupo en cuestión (SMEND, 1985, p. 70).

su carácter de portadores de competencias o en su calidad de órganos del Estado, sino que constituyen un trozo esencial del Estado mismo, que se hace visible en sus personas como totalidad espiritual y corporal.

- b) Integración funcional. A ella pertenecen todas las especies de forma de vida colectiva de una comunidad, y en particular todos los procesos cuyo sentido es producir una síntesis social, desde un desfile militar hasta un debate parlamentario.
- c) Integración material. La integración material se opone a la integración personal y a la funcional en tanto estos últimos son, únicamente, modos de integración formal. A este respecto Smend (1985, p. 92) escribe:

Es cierto que no existe, en última instancia, ningún modo de integración formal sin una comunidad material de valores, del mismo modo que no es posible la integración a través de valores sustantivos si no existen formas funcionales. Pero generalmente predomina uno de los dos tipos de integración... A los tipos de integración que consisten en momentos formales (personales y funcionales)... se oponen radicalmente aquellos tipos de configuración de la comunidad que se basan en valores comunitarios sustantivos.

Para expresar y concretar esa comunidad material de valores se enuncian en las Constituciones las tablas de derechos: “Con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica – escribe Smend (1985, p. 47) – “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”. Desde esta óptica se explica el significado jurídico y político de la tabla de derechos:

Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo (SMEND, 1985, p. 132).

Pocos libros, a pesar de su brevedad, contienen tantas sugerencias como esta obra de Smend.

En definitiva, y respondiendo a la pregunta con la que iniciábamos nuestra exposición, *son los derechos fundamentales como expresión de un orden material de valores los que mantienen unida a una sociedad*. En cierto sentido, los derechos fundamentales constituirían una especie de “religión civil” del Estado Constitucional. O por lo que a nuestro tema interesa se identificarían con la Cultura. La cultura en el Estado Constitucional es una cultura de los derechos fundamentales. Y es desde esta perspectiva desde la que se debe afrontar la problemática del pluralismo cultural.

En el contexto actual las migraciones alcanzan a todo el planeta, y entonces junto a la pregunta de qué es lo que mantiene unida a la sociedad surge otra relativa al derecho de los extranjeros a continuar viviendo de la misma forma que en su país de origen. Lo que nos plantea el gran interrogante de sí es posible construir un orden

social a partir del pluralismo cultural y religioso. Se trata de uno de los principales retos para el logro de la integración social en los Estados europeos del siglo XXI.

En su respuesta a esta cuestión, la sociedad oscila entre dos polos. Por un lado, quienes defienden la *asimilación* del extranjero: quien desee vivir en nuestra sociedad de forma estable debe adaptarse a su código de valores. En el otro, los defensores de la *libertad cultural*: nadie puede ser despojado de su identidad cultural y de los rasgos y valores definitorios de esta.

A nuestro juicio, ni la asimilación ni la libertad cultural son respuestas constitucionalmente adecuadas al problema que nos ocupa.

Siguiendo a Smend, es en los derechos fundamentales donde debemos encontrar la respuesta a este tipo de problemas. Pero para ello debemos descender del plano de la abstracción, al análisis de los conflictos jurídicos concretos que se plantean en una sociedad multicultural, y en el contexto de esa casuística ver qué papel desempeñan los derechos fundamentales.

## 2.2 “Multiculturalismo” y pluralismo religioso: una tipología de los conflictos jurídicos

La Europa de hoy se caracteriza por el multiculturalismo. Al emplear este término debemos recordar que existen dos grandes tipos de utilizaciones del mismo que podríamos denominar descriptivas y normativas. Desde un punto de vista descriptivo, el término “multiculturalismo” se utiliza para referirse a una situación de hecho que se caracteriza por la coexistencia en un determinado territorio de diferentes culturas y prácticas sociales. Desde un punto de vista normativo, el término se utiliza para exponer un juicio de valor positivo sobre esa situación de hecho. A su vez, dentro de esta acepción normativa cabría distinguir entre quienes se limitan a aceptar como algo valioso la existencia de diferentes culturas y quienes, dando un paso más, defienden la potenciación de las diferencias. En esta Ponencia, utilizaré siempre el término en su primera acepción, esto es, como la mera constatación de una realidad.

Una realidad que resulta además conflictiva. Y ello porque el encuentro de culturas y religiones diferentes provoca conflictos. Conflictos que se traducen en controversias jurídicas, de diferente alcance, que pueden y deben ser resueltos mediante el Derecho. Los conflictos se producen por la colisión entre determinadas normas imperativas o prohibitivas del derecho interno del país de acogida y ciertas conductas exigidas por la religión, o cultura del país de origen. Esas colisiones no pueden ser resueltas de forma automática mediante la simple aplicación del ordenamiento jurídico vigente, y ello porque el inmigrante puede invocar en su favor determinados derechos fundamentales. La consagración de esos derechos no se hizo pensando en su funcionalidad para la resolución de este tipo de conflictos, pero lo cierto es que su formulación general permite su aplicabilidad a los casos que nos ocupan.

En este contexto, la pregunta a la que debemos dar respuesta es la siguiente: *¿En qué medida los derechos fundamentales contribuyen a resolver los conflictos*

*interculturales?* Y para responderla debemos partir, necesariamente, de los casos concretos. La jurisprudencia alemana nos ofrece, en este sentido, un panorama bastante completo de este tipo de litigios<sup>6</sup>.

- a) ¿Tienen derecho los trabajadores musulmanes a realizar breves interrupciones de su actividad laboral para realizar las oraciones que su religión les prescribe?
- b) ¿Tienen derecho los trabajadores a no acudir a su puesto de trabajo en los días en que se celebran sus principales festividades religiosas?. ¿Podrían ser despedidos por ello?. ¿Perderían el subsidio de desempleo en caso de ser despedidos por esa causa?
- c) ¿Debe permitirse a los comerciantes judíos abrir sus negocios en domingo, dado que no pueden hacerlo en sábado porque su religión se lo prohíbe?
- d) Los miembros de la religión judía están sujetos a la prohibición de comer determinados alimentos. En el caso de estar presos, ¿hay que exigirles que acepten la comida establecida para todos o debe ofrecérseles comida kosher?
- e) Los miembros de la religión sikh tienen el deber de llevar siempre un turbante. ¿Pueden exigir que por ello se les dispense de la obligación de llevar casco cuando circulen en motocicleta?
- f) Las mujeres musulmanas no pueden mostrarse en traje de baño o de deporte ante los hombres. ¿Tienen derecho las estudiantes musulmanas a ser eximidas de las clases de educación física?
- g) ¿Estas estudiantes islámicas pueden llevar velo en clase?
- h) Y en el caso no ya de las estudiantes, sino de las profesoras, ¿pueden estas llevar velo en una escuela financiada con fondos públicos?. Y las monjas católicas, ¿rige para ellas una regla diferente?
- i) Determinadas religiones contienen una serie de prescripciones en materia de enterramiento de los muertos. ¿Tienen derecho los inmigrantes a ser eximidos de la aplicación del derecho funerario vigente en el país de acogida?
- j) También, determinadas religiones contienen prescripciones sobre la forma de matar a los animales. ¿Tienen derecho los inmigrantes a degollar a los animales conforme a los mandatos de su religión y a ser eximidos de la aplicación de las normas nacionales sobre protección de los animales?
- k) ¿Pueden los padres, por razones religiosas, rechazar que un hijo suyo – en peligro de muerte – reciba una transfusión de sangre?
- l) ¿Pueden igualmente los padres, por razones religiosas o culturales, privar a sus hijas del acceso a la educación superior, o, casarlas sin su consentimiento?

<sup>6</sup> Recopilada por Walter Kälin, Grundrechte im Kultur-konflikt, 2000. Tomo los datos de Grimm (2007, p. 54). En el Informe de la Comisión Stasi sobre la laicidad (2003) se contiene una relación de los conflictos surgidos en Francia. Puede consultarse el texto en castellano en la obra colectiva dirigida por Lasagabaster (2004).

- m) *En el supuesto de que los fines educativos de la escuela pública contradigan las concepciones valorativas de un determinado grupo religioso o cultural, ¿tienen derecho, los miembros de esos grupos, a una dispensa de la escolarización obligatoria, bien sea con carácter general o, al menos, en relación a determinadas asignaturas?*
- n) *¿Debe ser autorizada la poligamia de los inmigrantes en el país de acogida cuando lo esté en el país de origen del inmigrante?*

Podríamos traer a colación otros casos por lo que la relación anterior no pretende ser exhaustiva. En todo caso, en ella están contenidos los principales conflictos que se han planteado ya en numerosas sociedades europeas. Algunos han llegado a la más alta instancia judicial europea en materia de derechos fundamentales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De la relación precedente podemos extraer dos conclusiones generales:

- a) La primera es que, en todos los supuestos mencionados, *el derecho fundamental que pueden invocar los inmigrantes a favor de sus pretensiones no es otro que el derecho a la libertad religiosa*. Y ello, por la sencilla razón de que la fuente del conflicto reside en casi todos los casos en diferencias religiosas.
- b) La segunda es que *se trata de conflictos que se agudizan en el contexto de relaciones especiales de sujeción, ya sea en la escuela, en la relación laboral o en el seno de la familia*. En relación a esto último, juega un papel muy importante el significado que se atribuye a la patria potestad.

Estos y otros problemas que se puedan traer a colación nos ponen de manifiesto que no es necesario el reconocimiento de un supuesto derecho a la identidad cultural para que el sujeto pueda exigir a los poderes públicos el respeto y en su caso la protección y la garantía de determinadas “prácticas culturales”. La invocación a la dimensión positiva de la libertad religiosa sirve adecuadamente a ese propósito.

En todo caso, cabe señalar que es posible llevar a cabo una sistematización de los conflictos antes citados, en orden a la búsqueda de soluciones válidas para problemas similares. Seguimos en este punto a Grimm (2007, p. 56):

El profesor Grimm reconoce que “la frontera entre los dos tipos principales de pretensiones no resulta rígida. Ello resulta ante todo del hecho de que los problemas de libertad pueden ser interpretados también como problemas de igualdad y viceversa. Así, una limitación de la libertad vigente con carácter general puede plantear la cuestión de la igualdad cuando, atendiendo a la situación fáctica, afecta sólo o de manera específica a un grupo definido por características comunes... y viceversa, una diferenciación social entre grupos de personas puede afectar a las libertades tuteladas por la Constitución cuando provoca la distribución desigual de las condiciones que hacen posible el disfrute efectivo de la libertad.

- a) Por un lado, nos encontramos con la pretensión de obtener una dispensa respecto a la aplicación de reglas jurídicas vigentes con carácter general. Y este bloque de casos puede subdividirse en otros dos. Supuestos en los que la ley nacional impone algo que está prohibido por la religión del inmigrante y supuestos en los que la ley nacional prohíbe algo que resulta exigido por aquella.
- b) Por otro lado, nos enfrentamos a demandas de prestaciones estatales que permitan cumplir con los mandatos religiosos. Y también este bloque puede subdividirse en otros dos grupos de casos. Supuestos en los que se exige al Estado un tratamiento igual al que ya se dispensa a otras religiones de implantación nacional y supuestos en los que se le reclama ventajas particulares y diferentes de las que otras no disfrutaban, apelando a exigencias específicas de la propia religión.

Estos son los problemas reales, los conflictos jurídicos que exigen una respuesta igualmente jurídica y de cuya correcta resolución depende el logro de la necesaria "integración social". A nuestro juicio, estos conflictos no se resuelven invocando un supuesto derecho a la cultura, entendido como derecho a la identidad cultural. Y ello por la razón evidente de que dicho derecho no está reconocido en las Constituciones de las democracias occidentales. La solución reside en afrontar estos problemas desde la perspectiva de la cultura de los derechos fundamentales, y de esta forma, nos preguntamos: ¿En qué medida, la cultura de los derechos fundamentales contribuye a resolver todos estos conflictos interculturales?

### **3 La cultura de los derechos**

#### **3.1 Derechos fundamentales, pluralismo religioso y multiculturalismo**

Antes de analizar el papel que juegan los derechos fundamentales en la resolución de los problemas jurídicos surgidos en el seno de sociedades multiculturales, como cuestión previa debemos identificar los derechos fundamentales que entran en juego.

Y debemos recordar que ni la Constitución española (como ninguna Constitución del entorno europeo occidental) ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) recogen ningún derecho fundamental "a la identidad colectiva o grupal". Las Constituciones occidentales (a diferencia de las del centro y el este europeos) ni siquiera otorgan protección especial a las denominadas minorías culturales. El derecho fundamental a la libertad de asociación reconocido por todas las Constituciones europeas (art. 22 CE) y por el artículo 11 del CEDH no sirve tampoco para ese propósito. Asegura a todos los individuos el derecho a asociarse para los fines que ellos determinen y protege igualmente a las asociaciones a su amparo creadas. Pero, por lo que a nuestro tema se refiere, también las asociaciones deben respetar los mandatos y prohibiciones establecidos en el ordenamiento jurídico con

carácter general. En este contexto, y como ya anticipamos, *las pretensiones de los inmigrantes van a fundamentarse casi siempre en el derecho a la libertad religiosa, reconocido por todas las Constituciones europeas y por el artículo 9 CEDH*. La libertad religiosa es un derecho individual que garantiza al individuo la libertad de decidir sobre su adscripción a una u otra religión, y a orientar su vida conforme a ella. Garantiza igualmente el derecho a no profesar religión alguna. Y en numerosas constituciones europeas se reconoce también de forma transitoria el derecho de los padres a determinar la religión de sus hijos. Pero aun siendo un derecho individual, remite, necesariamente a un contexto supraindividual, a una comunidad religiosa.

En definitiva, lo anterior nos pone de manifiesto que *la resolución de las controversias jurídicas generadas por el multiculturalismo dependerá del significado, alcance y límites que se atribuyan al derecho fundamental a la libertad religiosa garantizada por el artículo 16 CE*.

Y si ello es así, quedan descartadas por su incompatibilidad con el texto constitucional las dos posiciones extremas a las que antes me he referido. La asimilación completa del extranjero no puede ser impuesta por el Estado sino que sólo es posible como resultado de una decisión individual libre. Por otro lado tampoco puede pretenderse la aceptación incondicionada de cualquier conducta basada en una determinada religión o práctica cultural.

Frente a la teoría de la asimilación y la de la libertad cultural y religiosa plena, queda la opción de la integración.

La integración – escribe el profesor Grimm – se distingue de la asimilación en que no espera de los migrantes un pleno ajuste a los valores y formas de vida de la sociedad de acogida. De una plena libertad cultural se diferencia en que no renuncia a una apertura por parte de ellos a la cultura del país de acogida. La sociedad receptora se hace así más pluralista, pero no tiene que temer que se pongan radicalmente en cuestión sus valores fundamentales. La integración no es, por tanto, un proceso unidireccional, en el que el esfuerzo de adaptación sólo haya de ser realizado por los migrantes. Pero tampoco es un proceso de acercamientos equivalentes. Incluso aceptando que la sociedad de acogida se transforma a sí misma con la integración, seguimos estando ante una recepción en dicha sociedad (GRIMM, 2007, p. 60).

Con estas premisas, debemos retomar la clasificación de los conflictos expuesta en el apartado anterior:

***A. Supuestos en los que los integrantes de una minoría, por motivos culturales o religiosos, quieren que se les permita hacer algo que con carácter general está prohibido. (casos de ampliación del ámbito de libertad).***

En este primer bloque de casos, esto es, donde lo que se pide es una exención a una prohibición general, es donde más margen de maniobra existe.

En primer lugar, la ponderación de derechos exige determinar si esa prohibición legal protege al individuo o a terceros. Si la prohibición tiene por objeto proteger al

individuo habría que entender que la dispensa es posible, y no así si la finalidad tuitiva es a favor de terceros. Ahora bien, esta delimitación no siempre es clara porque en muchas prohibiciones convergen ambas finalidades. Así por ejemplo, la pretensión de los motoristas sikks de llevar turbante.

Por otro lado, hay que analizar si es posible armonizar los intereses en conflicto. Si existe esa posibilidad habría que entender que cabe la dispensa. Así, por ejemplo, si el tiempo de trabajo que se pierde al realizar las oraciones u otras prácticas religiosas puede ser recuperado sin perjuicio para el proceso organizativo y laboral de la empresa.

Finalmente, hay que ver los efectos de la dispensa, porque lo que no podría aceptarse es que con ella se privilegiase a una minoría y se le proporcionara una clara ventaja respecto a la mayoría. Así, por ejemplo, el caso planteado en Canadá sobre la apertura de negocios en domingo por los judíos.

***B. Supuestos en los que los integrantes de una minoría, por motivos culturales o religiosos, quieren que se les reconozca el derecho a prohibir a los miembros de esa minoría algo que con carácter general está permitido. (casos de restricción del ámbito de libertad).***

Estos casos son sustancialmente diferentes. El grupo cultural o religioso pretende dotarse de una libertad para suprimir en el seno del grupo una libertad o igualdad reconocidas con carácter general. En la mayor parte de los casos, se trata de restricciones a la libertad en el ámbito familiar. La cobertura jurídica a esa pretensión es el derecho fundamental a la libertad religiosa combinado con el derecho a la patria potestad. En estos casos debe prevalecer siempre el derecho fundamental del miembro del grupo. Aunque a nuestro juicio, la respuesta debe ser siempre la misma, cierto es que en el mismo bloque encajan problemas de muy diferente envergadura.

Podría alegarse en todo caso que lo relevante debiera ser el hecho de que esa limitación de la libertad tuviera lugar con o contra la voluntad del afectado. Una limitación de la libertad contra la voluntad del titular del derecho fundamental sería siempre inconstitucional y exigiría una actuación del Estado, como garante de los derechos fundamentales. Por el contrario, una limitación producida con el acuerdo del afectado, sería legítima y no exigiría la intervención del Estado. Creemos que esa distinción no puede ser aceptada por la razón evidente de que no existen garantías de que en el seno de la familia, la determinación de la voluntad del afectado se haya formado de modo auténticamente libre.

Debemos rechazar con contundencia todas estas pretensiones de limitar la libertad de los miembros del grupo, incluso las aparentemente menos relevantes. Así las relativas a la vestimenta y a la obligación de llevar la cabeza cubierta. Dichas restricciones contradicen los artículos 10, 14 y 27.2 de nuestra Constitución. Y ello porque no resultan compatibles con el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad de géneros y la función integradora de la escuela. En este sentido, y como apunta el profesor Grimm (2007, p. 66) la pregunta central es “en qué medida el reconocimiento

de las normas del grupo impide el desarrollo de la personalidad y la integración en la sociedad de acogida”.

El rechazo debe ser absoluto en aquellos casos en los que la minoría cultural para proteger su identidad pretende restringir derechos fundamentales de los miembros del grupo: integridad física y psíquica (mutilaciones), igualdad de género (matrimonios forzosos o poligámicos), libertad de permanencia y separación del grupo etc.

***C. Supuestos en los que los integrantes de una minoría cultural o religiosa pretenden algo en beneficio de la preservación de su identidad cultural o del ejercicio de su religión, que ya está reconocido a quienes forman parte de la cultura mayoritaria. (casos de igualdad de trato).***

En estos casos no surgen graves problemas. Ahora bien, debemos ser conscientes de que esta reivindicación de igualdad de trato por parte de los miembros de culturas minoritarias respecto a los de la mayoritaria se ve afectada por dos tipos de limitaciones. Piénsese por ejemplo, en un grupo de padres que solicitan que se imparta la enseñanza de la lengua árabe en las escuelas. En primer lugar, la limitada disponibilidad de recursos de la infraestructura educativa y cultural de la nación. Y, en segundo lugar, la finalidad de la integración. Como bien advierte el profesor Grimm (2007, p. 67), “desde la perspectiva de la integración en la sociedad de acogida, la procura de la propia cultura aspira a tener prioridad también frente a la minoría, sin que quepa vincular a ello una sobrevaloración de la cultura nacional respecto de las extranjeras”.

Además, la conservación y transmisión de las culturas extranjeras minoritarias es un asunto de la incumbencia exclusiva de sus miembros. Las obligaciones del Estado en materia cultural que expusimos en la primera parte de esta Ponencia no incluyen la del fomento de las culturas extranjeras minoritarias (sí, por el contrario, de las culturas nacionales minoritarias) (GRIMM, 2007). El Estado debe limitarse a no obstaculizar el desarrollo de esa cultura minoritaria en tanto resulte compatible con los principios fundamentales del orden constitucional de España.

Distinto es el supuesto en el que lo que se demanda es la enseñanza no de una lengua o cultura, sino de una determinada religión. Entran aquí en juego otros derechos fundamentales (arts. 16 y 27) que interpretados de conformidad con el principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, impedirían negar a los musulmanes o a los judíos lo que a los católicos, por ejemplo, se les reconoce.

***D. Supuestos en los que los integrantes de una minoría, por motivos culturales o religiosos, pretenden algo en beneficio de la preservación de su identidad cultural o del ejercicio de su religión, que no está reconocido con carácter general.***

Encontramos estos supuestos en el marco de las relaciones especiales de sujeción. Por ejemplo la reivindicación de un menú especial en establecimientos

escolares o penitenciarios. En estos casos debemos realizar un juicio de proporcionalidad entre el significado que esa especialidad tiene para la religión del afectado y el coste que dicha prestación supondría para el Estado. En este juicio puede jugar un papel importante el número de afectados.

Son por completo inaceptables las pretensiones de ser o no ser atendidos por personal médico de determinado género, en la medida en que dichas reivindicaciones atentan contra el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Pero la cuestión fundamental en este ámbito es la siguiente: ¿tienen derecho los integrantes de minorías culturales a recibir ayudas del Estado para preservar su identidad cultural?. Ningún precepto constitucional atribuye a los poderes públicos una tal obligación. El Estado puede, si quiere, prestar su apoyo para la promoción de las culturas minoritarias, pero no se trata de una tarea a la que esté constitucionalmente obligado. Sus únicas obligaciones en este campo derivan de su condición de garante de los derechos fundamentales en aquellos casos en que estos resulten afectados. Pero,

[...] no puede considerarse deducida de los derechos fundamentales la protección de contenidos religiosos o culturales determinados, al modo de una 'protección de las especies' cultural, sino que sólo puede tratarse de la libre actividad cultural o religiosa de las personas. En este punto queda fundada la posibilidad de cambio en el contexto cultural de la sociedad de acogida. El apoyo estatal, si se presta, no debe servir por ello a la protección de la ortodoxia (GRIMM, 2007, p. 68).

De todo lo anterior podemos concluir que afrontando cada controversia intercultural en su individualidad, los derechos fundamentales nos permiten reducir el potencial conflictivo de aquellas. Y, por otro lado, los derechos fundamentales nos marcan también los límites que el multiculturalismo no puede sobrepasar.

### **3.2 Educación, cultura, derechos fundamentales y laicidad**

Para la difusión de esta "cultura de los derechos" es fundamental el papel de la educación. En este sentido, la escuela se configura como un lugar de aprendizaje de la ciudadanía democrática y de transmisión de los valores constitucionales y de la cultura de los derechos. Si Weber (1992) definió al Estado por ser titular éste del "monopolio de la violencia física legítima", Gellner, con gran agudeza, consideró aun más importante el monopolio de la educación:

En la base del orden social moderno no está ya el verdugo, sino el profesor. El símbolo y principal herramienta del poder del Estado no es ya la guillotina, sino el (y nunca mejor dicho) doctorat d'état. Actualmente es más importante el monopolio de la legítima educación que el de la legítima violencia (WEBER, 1992, p. 94).

En definitiva, la escuela es el principal instrumento de socialización política.

Por otro lado, la íntima relación existente entre los principios de la educación y la cultura y el régimen político no ha pasado desapercibida a los grandes pensadores políticos, desde la Antigüedad hasta la Edad Contemporánea (Platón, Aristóteles, Condorcet, Montesquieu, Rousseau). El constituyente de 1978 también percibió esta conexión entre la educación y el régimen político. Tal es el sentido del artículo 27.2 que vamos a analizar a continuación. En dicho precepto se constitucionaliza la educación democrática<sup>7</sup>.

En nuestra Constitución el principio o elemento cultural es inescindible de los demás elementos configuradores del Estado. El progreso de la cultura no puede desligarse de la lucha por consolidar un Estado de Derecho y una sociedad democrática avanzada. Díficilmente se perfeccionará la democracia si no se produce un notable progreso de la cultura. Y al mismo tiempo el progreso de la cultura exige el esfuerzo y la participación de todos, es decir, la profundización de la democracia.

Esta implicación recíproca entre los elementos jurídico, social, democrático y cultural del Texto constitucional se refleja en el artículo 27.2 de la Constitución: *“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y deberes fundamentales”*. Este artículo es casi coincidente con la primera parte del artículo 26.2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”*. El artículo 27.2 significa obviamente el establecimiento de límites al pluralismo ideológico en materia educativa, y por consiguiente, al neutralismo absoluto, pues, por ejemplo, resultaría contraria a la Constitución una enseñanza de carácter antidemocrático o defensora del racismo o la esclavitud, o contraria a la igualdad de géneros. Se trata por lo demás de límites válidos tanto para la enseñanza en centros públicos, como privados.

El artículo 27.2 de la Constitución recoge el “principio de enculturación democrática”. Principio que concibe la educación como instrumento emancipador y no como medio de sumisión del individuo a “identidades culturales o religiosas”. Principio, por tanto ilustrado, pues el libre desarrollo de la personalidad, implica también libertad frente a los prejuicios y tradiciones que caracterizan la noción de cultura propia de los particularismos. Educación, libertad, derechos fundamentales son términos inseparables de la noción de cultura.

Las consecuencias que se derivan del artículo 27.2 son en lo que a nuestro tema se refiere fundamentales. Este precepto, además de imponer un deber positivo a los poderes públicos en relación con los servicios culturales formativos de la personalidad, les impone el deber de impedir la promoción de aquellas prácticas y manifestaciones, supuestamente culturales, contrarias a los derechos humanos o a los principios democráticos de convivencia. Ello implica que, por muy integradas en

.....  
<sup>7</sup> Sobre los orígenes de la educación democrática, Negrín (1990, p. 13).

la tradición que se pretendan, por muchos siglos de antigüedad que ciertas prácticas aleguen, si no respetan los principios democráticos y los derechos fundamentales, no encuentran cobertura constitucional.

Por último, creo obligado señalar también la importancia de la correcta comprensión del principio de laicidad como elemento esencial de la “cultura de los derechos” que venimos defendiendo.

En este sentido, constituye un grave error abordar los conflictos que se han expuesto en esta Ponencia desde la dialéctica confesionalismo-laicismo. Y ello porque si el confesionalismo no tiene cabida en el Estado Constitucional de nuestro tiempo, el laicismo entendido como ideología contraria al fenómeno religioso tampoco resulta compatible con él, en la medida en que de una u otra suerte, se configura como su reverso.

El verdadero conflicto de nuestro tiempo se plantea entre una concepción de la laicidad fundada en principios comunes y universales (igualdad y libertad) cuya traducción jurídica es la obligación de neutralidad del Estado en materia religiosa y una concepción multicultural de la sociedad, que considerando a la religión un factor constitutivo de la identidad personal y colectiva, propugna una serie de políticas de reconocimiento de las singularidades que distinguen a los diferentes grupos religiosos. Esa apertura a un multiculturalismo de base religiosa, conduce, inexorablemente, a una desnaturalización cuando no a una subversión, de los valores y principios, de carácter universal, sobre los que se asienta el Estado Constitucional.

Con esas bases, se admitiría la objeción de conciencia a determinadas asignaturas y por esa vía incluso la exención de la escolarización obligatoria, se impediría la educación conjunta de alumnos y alumnas, se permitiría hacer ostentación de la religión propia mediante la utilización de símbolos o prendas de vestir etc. El proyecto multiculturalista así entendido convertiría a la escuela en un foco permanente de conflictos religiosos, impediría la organización misma del servicio público educativo, haría imposible la integración social de los alumnos y en definitiva, dicho sin intención hiperbólica alguna, daría lugar a la descomposición del orden social.

De todo lo anterior cabe concluir, por tanto, que la laicidad, como gran conquista histórica de la modernidad, es el único instrumento cuyo desarrollo permite responder afirmativamente al interrogante que nos planteamos al inicio, sobre si es posible o no construir y mantener un orden social a partir del pluralismo cultural y religioso. La única forma de resolver los problemas derivados de la inmigración, en cuanto que implica la implantación en una sociedad de una pluralidad de cosmovisiones y códigos de valores de raíz religiosa, es el establecimiento de un modelo de integración cívico-social, basado en unos referentes axiológicos (los que fundamentan nuestro Estado Constitucional, artículos 1 y 10) para todos válidos. En ese modelo, la escuela, como hemos visto, desempeña un papel esencial.

## 4 Conclusiones

El artículo 44 de nuestra Constitución al consagrar el derecho a la cultura marca un hito en nuestro constitucionalismo. La visión que el constitucionalismo había tenido del fenómeno cultural había sido siempre fragmentaria. Lo cultural aparecía de forma dispersa, nunca globalmente considerado. Ahora se configura como una totalidad. De la literalidad del precepto se desprende que el objeto del derecho constitucional recogido en el artículo 44 no es tanto el derecho a la cultura, como el derecho de acceso a ella. El derecho a la cultura es el derecho a los medios que faciliten su acceso; y como, por una parte, esos medios no son de producción y conservación espontánea, y por otra, dicho acceso no es abierto y libre, igualmente natural y económicamente factible sino que queda reservado a unos pocos, *el derecho a la cultura se convierte en el derecho a un servicio público*. El constituyente, dispuso, en consecuencia en el artículo 149.2, que “el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial”. Esta misión cultural del Estado se ubica en el contexto de la forma histórica de Estado Social. Supone constitucionalizar la intervención de los poderes públicos en la vida cultural de la nación. El nivel de intervención podrá ser mayor o menor en función de la decisión política de las mayorías parlamentarias.

Ahora bien, junto al derecho a la cultura así entendido, en las sociedades europeas caracterizadas por el multiculturalismo, se plantea el derecho de los extranjeros a continuar viviendo de la misma forma que en su país de origen, lo que podría denominarse como “derecho a la identidad cultural”. Esto nos conduce al gran interrogante de si es posible construir un orden social a partir del pluralismo cultural y religioso. Se trata de uno de los principales retos para el logro de la integración social en los Estados europeos del siglo XXI.

En su respuesta a esta cuestión, la sociedad oscila entre dos polos. Por un lado, quienes defienden la *asimilación total* del extranjero: quien desee vivir en nuestra sociedad de forma estable debe adaptarse a su código de valores, prácticas sociales, costumbres etc. En el otro, los defensores de la *libertad cultural plena*: nadie puede ser despojado de su identidad cultural y de los rasgos y valores definitorios de esta. A nuestro juicio, ni la asimilación total ni la libertad cultural plena son respuestas constitucionalmente adecuadas al problema que nos ocupa. Y ello porque la integración exige lograr un equilibrio entre asimilación y libertad cultural.

Siguiendo a Smend (1985) y a Grimm (2007), es en los derechos fundamentales—configurados como el elemento fundamental de integración social y núcleo axiológico del orden constitucional—donde debemos encontrar la respuesta constitucional al multiculturalismo. Los derechos fundamentales se identifican con la Cultura. La cultura en el Estado Constitucional es una cultura de los derechos fundamentales.

Por ello, compartimos plenamente la conclusión de Grimm (2007, p. 69), en el sentido de que “a los miembros de las culturas minoritarias no les queda otra alternativa que adaptarse al contenido nuclear del orden constitucional o partir”. La integración de aquellos en la sociedad española sólo es posible en la medida en que asuman como propia “la cultura de los derechos”.

## O DIREITO À CULTURA PARA A CULTURA DOS DIREITOS

**Resumo:** O artigo tem como finalidade retratar a inserção da cultura na Constituição espanhola de 1978. Para tanto, a cultura é apresentada em uma de sua tríplice faceta, qual seja, como direito constitucional de acesso à cultura que se desenvolve no pluralismo cultural presente nos povos de Espanha. Em seguida, é apresentada a teoria da integração de Rudolf Smend (1985), para investigar a cultura dos direitos, quando se pretende adentrar no multiculturalismo, no pluralismo religioso e na tipologia de seus conflitos jurídicos, bem como na questão que envolve a fundamentação e aplicação de direitos fundamentais previstos no âmbito constitucional e relacionados com educação, cultura e laicidade.

**Palavras-chave:** Constituição; cultura; integração.

### Referencias

- ESPAÑA. Constitución española, de 27 de dezembro de 1978.
- FINKIELKRAUT, A. *La derrota del pensamiento*. Barcelona: Anagrama, 1987.
- GRIMM, D. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: GUTIERREZ, I. G. (ed.). traductor Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007. p. 54-56.
- LASAGABASTER, I. *Multiculturalidad y laicidad: a propósito del informe Stasi*. Pamplona: Pamiela, 2004.
- LUCAS VERDU, P. *La lucha contra el positivismo en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987.
- NEGRIN, O. *Introducción al Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública de Condorcet*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón, 1990. p. 13-15.
- PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura, culturas y Constitución*. Madrid: CEC, 1992.
- ROBLEDO, R. *Compendio de Derecho Constitucional Español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- SMEND, R. *Constitución y derecho constitucional*. Traducción J. M. Beneyto Pérez. Madrid: CEC, 1985.
- TAJADURA, J. La Constitución cultural, *Revista de Derecho Político*, n. 43, p. 97-135, 1997.
- TORRES DEL MORAL, A. Comentario al artículo 44 de la Constitución. In: ALZAGA, O. *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo IV. Madrid: Edersa, 1984.
- TORRES DEL MORAL, A. *Principios de derecho constitucional español*. 5. ed. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2004. t. I.
- WEBER, M. *La Política como profesión*. Traducción Javier Franzé y Joaquín Abellán. Madrid: Abellán, Espasa-Calpe, 1992.
- VAQUER, M. *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*. Madrid: Cera, 1998.