A.D. MDLXII

UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI SASSARI

SCUOLA DOTTORALE IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI SISTEMI PRODUTTIVI

XXVI CICLO

A.A. 2013/2014

Limitaciones administrativas a la libertad de creación artística en los espectáculos públicos

Direttore:

Chiar.mo Prof. MICHELE M. COMENALE PINTO

Tutor:

Chiar.mo Prof. DOMENICO D'ORSOGNA

Chiar.ma Prof.ssa. MARÍA TERESA CARBALLEIRA RIVERA

Dottoranda:

Dott. ANA MARÍA MARTÍN GARCÍA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS 6

PRELIMINAR..... 8

CAPÍTULO I: EL FENÓMENO CULTURAL EN EL ESTADO DE CULTURA..... 13

1. Derecho y cultura: dos conceptos implicados 13

1.1. La Cultura como fenómeno humano y hecho social..... 13

1.2. Noción jurídica de “Cultura”..... 17

1.2.1. La Cultura en la Constitución..... 19

1.2.2. Elementos de la Cultura relevantes para el Derecho 23

a) Patrimonio y progreso culturales..... 23

b) Creación humana 24

c) La Cultura como valor..... 24

2. Estado de Cultura Vs. Cultura de Estado..... 27

2.1. La configuración del Estado de Cultura..... 27

2.2. La Constitución Cultural 33

2.2.1. Los Derechos Culturales 36

a) Derechos de libertad..... 38

b) Derechos de participación 39

c) Derechos de prestación 40

2.2.2. El Estado de Cultura en la Constitución Española 40

2.3. La Cultura en el Estado de Cultura 41

2.3.1. Principios que sintetizan el concepto de Cultura..... 41

a) Autonomía de la Cultura 41

b) Pluralismo Cultural..... 42
2.4. La función cultural de los poderes públicos..... 44
2.4.1. Principios referidos a la misión cultural de los poderes públicos 44
a) Libertad Cultural 44
b) Progreso Cultural..... 47

CAPÍTULO II: DERECHO DE LIBERTAD DE PRODUCCIÓN Y CREACIÓN ARTÍSTICA..... 52

1. Reconocimiento constitucional del derecho de producción y creación artística 52
2. Libertad de creación artística y libertad de expresión..... 56
3. Naturaleza jurídica..... 59
4. Elementos del derecho de libertad de producción y creación artística ... 66
4.1. Contenido 66
4.1.1. Reconocimiento constitucional de los derechos de autor a través del artículo 20.1 b) CE..... 67
a) Argumentos en contra del reconocimiento de los derechos de autor en el artículo 20.1 b) CE..... 72
b) Argumentos a favor del reconocimiento de los derechos morales y patrimoniales de autor en el artículo 20.1 b) CE..... 75
c) Argumentos a favor del reconocimiento de los derechos morales de autor en el artículo 20.1b) CE y de los derechos patrimoniales de autor en el artículo 33 CE 80

d) Otras posturas 81

e) Conclusiones 88

4.1.2. Derecho a crear y producir obras artísticas en libertad 91

4.1.3. Derecho a divulgar públicamente obras artísticas en libertad 93

4.2. Sujetos 94

4.3. Objeto 96

4.3.1. Elementos que conforman la definición de creación artística 100

a) Carácter artístico 101

b) Exteriorización 102

c) Originalidad 104

CAPÍTULO III: LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA EN LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS 108

1. Límites de la libertad de creación artística 108

1.1. Limitaciones objetivas 109

1.2. Limitaciones al ejercicio 112

1.2.1. Los límites del artículo 20.4 CE 113

a) Respeto a los derechos reconocidos en el Título I 116

b) Respeto a las leyes que desarrollen el Título I 117

c) Mención expresa a los derechos al honor, intimidad y propia imagen 120

d) Protección de la juventud y de la infancia 121

1.2.2. Los tratados internacionales como fuente de límites 123

1.3. Resolución de conflictos. Jurisprudencia del TC y TEDH 127

2. Límites al ejercicio de la libertad de creación artística a través de la policía de espectáculos 133

2.1. Función limitadora de la administración 133

2.1.1. Límites a los límites 135

2.2. Intervención administrativa en materia de espectáculos. Policía de espectáculos 136

2.2.1. Causas y fines de la intervención 137

2.2.2. Naturaleza de la intervención 139

2.2.3. Objeto de la intervención 147

a) Intervención previa 150

b) Control sobre el desarrollo de los espectáculos 152

CONCLUSIONES 160

BIBLIOGRAFÍA 164

JURISPRUDENCIA 171

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 diciembre 2000)
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950, Roma).
CI	Constitución de la República Italiana (aprobada el 22 de diciembre de 1947)
CP	Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre 1948, París)
FJ	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero)
LrBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril)
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966)
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966)
REPAR	Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas (Aprobado mediante Real Decreto 2816/1982, de 27 agosto)
RSCL	Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales (Aprobado mediante Decreto de 17 junio 1955)

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea (Tratado de 7 de febrero de 1992, ratificado por Instrumento de 13 de diciembre de 2007)
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de 25 de marzo de 1957, ratificado por instrumento de 13 de diciembre de 2007)
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

PRELIMINAR

En un contexto de Estado de cultura como el actual, la cultura ha dejado de ser un instrumento del Estado con el que alcanzar sus fines, para convertirse en un fin del Estado en sí mismo, cuyo objetivo principal es el de preservar su autonomía. Para ello, los poderes públicos han de garantizar la existencia de una cultura libre y plural, así como promover las condiciones que favorezcan su progreso y la hagan accesible a todos los ciudadanos.

La importancia de la cultura para el hombre radica en que, a través de ella, éste desarrolla su personalidad, constituyendo una de los caracteres diferenciadores de la especie humana, única capaz de crear, aprender y transmitir y, precisamente porque se transmite, la sociedad juega un papel fundamental, siendo la encargada de dotar de valor a las nuevas creaciones e incorporarlas a la cultura ya existente para, de esta manera, contribuir a su progreso.

La autonomía es uno de los principios fundamentales sobre los que se fundamenta la cultura, lo que la sitúa en una situación de paridad con otros valores, como el moral, el religioso o el económico, siendo necesario que Estado, para preservarla, adopte una postura de no intervención en el

ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y cree las condiciones idóneas que permitan que esa libertad pueda ser ejercida por todos en igualdad de condiciones.

Junto a la autonomía, destaca también el principio de pluralismo cultural, mediante el que se reconoce la existencia de una diversidad de culturas, dignas, todas ellas, del mismo respeto y protección, dentro de las cuales, cada individuo podrá desarrollar su personalidad libremente. Este pluralismo trae como consecuencia un reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en determinadas materias que, no obstante, será concurrente en materia de fomento y servicio de la cultura, puesto que todos los entes públicos territoriales ejercen competencias culturales.

Dentro del fenómeno cultural destacan, principalmente, tres dimensiones, que son la creación y comunicación cultural y la conservación de la cultura, siendo objeto de interés, en el presente trabajo, las dos primeras, por constituir el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1 b) de la Constitución Española, objeto de nuestro estudio.

Se recoge en este artículo el derecho de libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica que, aunque profundamente relacionado con los derechos de libertad de expresión, cátedra e información, regulados en el mismo precepto, constituye un derecho autónomo que presenta una configuración especial en relación con sus

titulares, objeto, contenido y límites. De hecho, si algo caracteriza a este derecho y establece la base para su configuración como derecho fundamental, son su función social y finalidad cultural.

Se consagra en él el derecho a la creación, emisión y recepción de productos culturales, de manera que no sólo ha de protegerse la fase creativa sino también el proceso de comunicación de la creación, de tal manera que ésta pueda llegar al conjunto de la sociedad tal y como fue concebida por su autor. Protegiendo la libertad del autor para crear y la difusión de su obra, se favorece el enriquecimiento cultural de la sociedad entera, fin que se persigue con la promulgación de este derecho, permitiendo distinguir dos vertientes. La primera, la del autor, que tiene derecho a crear en libertad y que su obra sea divulgada para, de esta forma, pasar a formar parte del conjunto de la cultura. La segunda, la de la sociedad, que tiene derecho a recibir y acceder a estas creaciones en la forma en que fueron creadas por el autor, esto es, sin censuras. Quedan incluidos así, dentro de la creación cultural, aquellos derechos de autor que favorezcan la divulgación y recepción de las mismas.

Una primera misión de la Administración, por tanto, consiste en hacer que esto sea posible, para lo cual, no sólo no ha de intervenir sino que además ha de facilitar los medios necesarios para conseguirlo.

Ocurre, sin embargo, que este derecho, como el resto de derechos fundamentales, no es ilimitado. El propio artículo 20 CE establece como límite, en su apartado cuarto, el respeto a los demás derechos

reconocidos en el Título I de la Constitución Española y preceptos de las leyes que los desarrollen, con especial énfasis en el derecho al honor, a la intimidad y propia imagen del artículo 18.1, así como de la protección de la juventud y de la infancia. La particularidad reside en que, en el caso de la libertad de creación artística, por la peculiaridad de su objeto y finalidad cultural, estos límites serán aplicados en un equilibrio distinto a la del resto de libertades recogidas en dicho artículo, como así será corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siguiendo la línea de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual encomienda a los legisladores nacionales la aplicación de dichos límites.

Por lo que respecta al objeto de la libertad de creación, éste se encuentra limitado intrínsecamente por su propia configuración y función social, limitando intrínsecamente el propio contenido de la libertad a la "expresión artística o científica", pero no siendo posible imponerle limitaciones objetivas externas como la moral, el orden público o la lealtad a la constitución, ya que ello reduciría el contenido a la libertad de creación artística o científica que sean conformes con los órdenes moral, político y jurídico de la sociedad.

El contenido, por su parte, sí podrá ser restringido circunstancialmente en el momento de su ejercicio, pero esas restricciones únicamente podrá afectar al momento de la comunicación de la obra, momento en el que los intereses del arte pueden entrar en conflicto con otros intereses, sin que quepa imponer límites al proceso

íntimo de la creación. Es la función de la normativa de policía de espectáculos.

A nivel comunitario, la libertad de creación artística viene regulada en el artículo 10 Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, contemplada jurídicamente como una manifestación de la libertad de expresión, contemplando también, en su apartado 2º, la posibilidad de someter dicho derecho a restricciones, siendo necesario que las mismas estén previstas por la ley, que persigan un fin legítimo y que sean necesarias y proporcionadas para alcanzar ese fin.

Analizando diversos supuestos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se observa una evolución, no en los criterios seguidos a la hora de limitar el derecho, sino a la hora de tener en consideración determinadas circunstancias del caso concreto, haciendo que cada uno de ellos sea un caso único.

El problema que aquí se plantea es el posible mal uso de esa potestad limitadora de la Administración que, alegando perseguir un fin legítimo, como la seguridad ciudadana o el orden público, censuran la libertad de creación al prohibir o suspender la celebración de ciertos espectáculos, los cuales constituyen una de las principales formas de manifestación de la cultura.

CAPÍTULO I: EL FENÓMENO CULTURAL EN EL ESTADO DE CULTURA

1. DERECHO Y CULTURA: DOS CONCEPTOS IMPLICADOS

1.1. La Cultura como fenómeno humano y hecho social.

El fenómeno cultural existe desde la existencia del ser humano, como se ha podido comprobar a raíz de las diversas manifestaciones descubiertas a lo largo de los años. No obstante, el término "cultura", tal y como lo conocemos y usamos en la actualidad, tiene sus orígenes en la Ilustración. Durante este período, el hombre comienza a percibir que su existencia se fundamenta en la transmisión, de generación a generación, de las conductas, creencias y costumbres adquiridas de sus predecesores, fruto de su capacidad para aprender y comunicarse, siendo este conjunto de "saberes" el que va configurando su personalidad.

Etimológicamente, cultura proviene del término latino "*colere*", con el que se hacía referencia al cultivo del campo. A partir del momento en el que el fenómeno cultural empieza a entenderse como cultivo del espíritu, se toma el vocablo y comienza a utilizarse en este nuevo sentido, hasta

que finalmente se consolida y desplaza el significado original, al que actualmente nos referimos como "agricultura".[1]

La Doctrina atribuye la primera propuesta de definición formal de cultura, desde un punto de vista antropológico, a TYLOR, que en el año 1871 la concibe como "*aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad*".[2] Es una definición amplia en cuanto a contenidos, de la que se desprende una visión universalista de la cultura. Para TYLOR, existe una única cultura, de toda la humanidad, que va evolucionando a distinto ritmo en cada sociedad, de ahí que haya sido encasillado en la que se conocerá como escuela evolucionista.

Frente a esta concepción universalista surgen otras concepciones de cultura. De entre ellas, nos interesa destacar la que adopta Franz BOAS, creador de la denominada escuela del "*particularismo histórico*", para el que la cultura está formada por el conjunto de costumbres,

[1] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española, Madrid; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1999, pp. 25-26, resalta la paradoja que acarrea la deuda etimológica de la cultura con la naturaleza, puesto que a la hora de definir la cultura en el sentido contemporáneo del término, una de las formas más utilizadas es la de contraponerla a aquélla. Lo resuelve afirmando que si la cultura "es el señorío teleológico que el hombre ejerce sobre la naturaleza, la agricultura es entonces una de las manifestaciones primeras y más inmediatas de la cultura" de ahí que no resulte extraño que para designar el fenómeno cultural se utilizase el término relativo al cultivo del campo por el hombre. Antes que él PRIETO DE PEDRO, Cultura, culturas y Constitución [FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, prol.] ("Estudios Constitucionales"), 4ª Reimpresión, Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 24.

[2] PRIETO DE PEDRO, J., op. cit., p.28, Esta definición, publicada originalmente en 1871 y en la traducción publicada en castellano en 1976, Cultura primitiva, Madrid, Ayuso, refleja, según el autor, una concepción acumulativa y universalista de la cultura y será encuadrada en la denominada "escuela evolucionista".

creencias e instituciones sociales que distinguen a unas sociedades de otras. Es decir, a diferencia de lo expuesto por TYLOR, no existe una cultural general sino que cada sociedad posee una cultura propia que la diferencia del resto.

Como observaremos más adelante, la Constitución Española de 1978 reflejará en su articulado estos dos enfoques de la Cultura entendida como "cultura" común, a todo el territorio nacional y como "culturas" específicas, de determinados grupos.

Pese a las importantes diferencias que presentan estas dos corrientes, interesa señalar la idea esencial del pensamiento antropológico destacada por PRIETO DE PEDRO, por la que "*la cultura consiste en la memoria hereditaria no genética de la sociedad*".[3]

No cabe duda de que la genética juega un papel fundamental en el desarrollo de la personalidad y características físicas de una persona, pero al margen de ella, existen otros condicionantes, no generados por el individuo de forma aislada sino como miembro de una sociedad, que constituyen lo que el referido autor denomina la "*herencia cultural*" y que es a la que hace mención en esa expresión con "*la memoria hereditaria no genética*".

Los contenidos de esta "*herencia*" son numerosos y variados, como se desprende de las definiciones anteriores: conocimientos,

[3] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit., p. 31

creencias, arte, moral, costumbres, etc., donde se observa el carácter inmaterial que la antropología atribuye a la cultura. No obstante, si algo ha sido destacado como contenido fundamental de la cultura, es la noción de valor, sobre la que volveremos más adelante.

Esta transmisión cultural es posible gracias a la capacidad que tiene el ser humano para crear y comunicar, característica que lo diferencia del resto de seres vivos. Por este motivo, es posible afirmar la cultura como un fenómeno humano.[4]

No obstante, para que una creación pase a formar parte de la cultura, no es suficiente con llevar a cabo una labor creativa, sino que es necesario que las creaciones sean transmitidas a los otros miembros de la sociedad, que las dotarán de valor. Una vez asimiladas por la sociedad se incorporarán a la cultura y servirán como base para nuevos procesos creativos, permitiendo así el progreso de la cultura. Por todos estos motivos, la cultura no puede ser creada por el ser humano de manera aislada, sino como miembro de una sociedad, puesto que, "*lo que crea el hombre aislado, por sublime que sea, no puede llegar a formar parte de aquélla* (de la cultura) *si no es comunicado a los demás hombres*".[5]

Esta dimensión social de la cultura tendrá mucha importancia en el derecho a la libre creación y producción artística regulado en el artículo

[4] "*Sólo el hombre es capaz de crear, a través de su facultad específica y paradójica de simbolización, una atmósfera extrasomática que puede transmitir a los otros hombres que viven junto a él y a los que le suceden en el tiempo*". PRIETO DE PEDRO, Cultura, culturas y constitución, op. cit. p. 32.

[5] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. pp. 31- 32.

20.1 b) CE que analizaremos con más detalle en el capítulo segundo puesto que, a la hora de determinar el contenido de este derecho, veremos que no es suficiente con garantizar el proceso creativo en sí mismo, sino que tendrá que garantizarse también que la creación pueda ser comunicada a la sociedad tal y como ha sido concebida por su autor, de forma que pueda alcanzarse el fin social perseguido y su posterior incorporación a la cultura.

Recapitulando, en palabras de PRIETO, "*más allá de la adaptación biológica que la especie humana realiza a través de los mecanismos de fijación y codificación genética, el hombre es un ser capaz de conseguir, a través del milagro de la creación de signos, imágenes y artefactos materiales, que sustentan preferencias y valores, dejar mensajes simbólicos plenos de sentido una vez que se ha ido a través del espacio y del tiempo y que, retenidos socialmente, pueden ser incorporados de nuevo individualmente por cada hombre*".[6]

1.2. Noción jurídica de "Cultura".

El carácter multidisciplinar de la Cultura dificulta el poder adoptar un concepto único que la defina, toda vez que cada una de las disciplinas que la estudian, destaca o tienen en cuenta unos aspectos distintos de ésta en función de sus intereses o campo de estudio.

[6] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. p. 35.

La UNESCO define la cultura como el "*conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*". [7] Continúa siendo una noción demasiado amplia, de la que sin embargo podemos destacar ciertas características interesantes para nuestro estudio como la existencia de diversidad cultural, la referencia expresa a las "artes" y las "letras", los valores…

Toda vez que nuestro trabajo está orientado al campo jurídico, es conveniente acotar un significado jurídico de ésta para, de esa manera, analizar los rasgos fundamentales de su ordenamiento y de la función cultural que desarrollarán los poderes públicos.

Un buen punto de partida a la hora de establecer un concepto jurídico de Cultura es analizar el significado que a ésta otorga la Constitución.

[7]GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de Cultura, Derechos culturales y Libertad religiosa*, Monografías, Civitas, Madrid, 2003, p. 97. La UNESCO empezó a usar esta definición de cultura a partir de la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en África, celebrada en 1975, en Accra, en donde se habló por primera vez de los valores, las tradiciones y las creencias como contenido propio de la cultura, adoptándola también en documentos e instrumentos jurídicos posteriores, como el Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo de 1995, las conclusiones de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo de Estocolmo, de 1998 o la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de París, de 2001.

1.2.1. La Cultura en la Constitución

No existe unicidad en la significación del término cultura en nuestra Constitución. La Constitución Española de 1978 recoge en su articulado las dos perspectivas de la cultura enunciadas por TYLOR y BOAS, denominadas por PRIETO "*noción general*" y "*noción étnica*" de cultura.[8] Esa distinta significación se aprecia ya gramaticalmente, toda vez que, mientras la cultura universal de TYLOR aparece escrita en singular, "la cultura", las distintas manifestaciones socio-históricas de BOAS figuran en plural, "las culturas".

Podemos encontrar ejemplos de esos distintos usos en el Preámbulo de la Constitución, cuando en los párrafos quinto y cuarto, respectivamente, se proclama la voluntad de la Nación Española de "*promover el progreso de la cultura y de la economía*…", así como "*proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones*".

A mayor abundamiento, haciendo hincapié en esa falta de unicidad, se observa que el contenido del vocablo cultura varía de unos preceptos a otros. Cuando en el artículo 44 CE se regula el derecho de acceso a la cultura, se están comprendiendo todos los contenidos posibles que la

[8] De entre las numerosas expresiones señaladas con las que se puede hacer mención a la cultura como rasgo distintivo de una comunidad, tales como cultura nacional, cultura minoritaria o cultura autóctona, regional y peculiar, PRIETO DE PEDRO opta por el calificativo "étnico", considerando que alcanza el nivel de abstracción suficiente como para abarcar todas las manifestaciones culturales sin resultar peyorativo y teniendo en consideración el uso de la expresión culturas étnicas por la UNESCO y por otros textos constitucionales. PRIETO DE PEDRO, op. cit. p.50 y ss.

cultura puede abarcar. Por el contrario, en otros artículos, como el 148.1.17º y 149.2 CE, referidos a las competencias de las CCAA y del Estado, respectivamente, están excluidos algunos aspectos de contenidos como la educación y el patrimonio, a los que el constituyente ha dotado de un régimen competencial específico.[9] Todos estos matices hacen complicado poder elaborar un "concepto general" de cultura.

Comencemos por clarificar lo que no es cultura para restringir el ámbito en el que ésta actúa. La Constitución divide el conocimiento y método científicos en cuatro grandes áreas que son la política, económica, cultural y social.[10] Cada una de ellas constituye un área independiente y autónoma, no subordinada a las otras, sino en situación de paridad, de tal manera que, desde su dimensión negativa, constituye cultura todo aquello que no pertenece al ámbito político, económico o social.[11] Si bien es cierto que este es un buen punto de partida, debemos señalar que, en numerosas ocasiones, un mismo hecho podrá ser encuadrado en varias de estas áreas.[12]

En cuanto al contenido de la cultura, PRIETO señala, como su núcleo básico, el arte, la literatura, la ciencia y la técnica. Éstas últimas,

[9] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. p. 51

[10] En el artículo 9.2 CE se realiza esta división cuando, entre los deberes de los poderes públicos, se incluye la de "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". En sentido similar, el artículo 48 CE, a través del cual "los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural". Para un estudio más amplio de la historia del uso de estas categorías y sus antecedentes constitucionales, ver PRIETO DE PEDRO, op. cit. p. 196 y ss.

[11] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas… p. 194 y 205

[12] Véase el ejemplo de una obra de arte, que tiene valor cultural y también valor económico.

aparecen relacionadas expresamente con la cultura en los artículos 44 y 148.1.17º CE.[13] Además, el artículo 20.1 b) CE expresamente dispone, desde la perspectiva de la cultura como libertad de creación, la literatura, el arte, la ciencia y la técnica como contenido esencial de la misma, al regular la libertad de "producción y creación literaria, artística, científica y técnica". Veremos que VAQUER lo reconducirá, en términos de valor, a lo intelectual y lo estético.[14]

Dentro del contenido de la Cultura, funcionando como cauces de creación, transmisión o comunicación de los contenidos de ese núcleo básico señalado, dispone también lo que denomina el "*encuadramiento institucional*" de la cultura, donde están incluidos la educación, los medios de comunicación social, los museos, bibliotecas y conservatorios de música y la investigación.

Finalmente, incluye otras materias sobre las que se proyecta la cultura, como el medio ambiente, el turismo o el ocio, que reflejan determinados valores culturales o sirven como cauce de experiencia cultural para los individuos, a lo que habría que añadir los contenidos propios de la noción étnica, como son las lenguas, el patrimonio, las tradiciones, etc.

[13] Cuando el artículo 44 CE proclama el derecho a la cultura, incluye como contenidos de ésta, en su apartado 2º, la ciencia y la investigación científica y técnica. Por su parte, el artículo 148.1.17º CE, conecta cultura e investigación cuando se refiere al "fomento de la cultura, de la investigación..."

[14] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… p. 99 y 188.

Al margen de estos contenidos, pero en profunda conexión, la cultura está relacionada con determinados valores como el desarrollo de la personalidad, la integración social y la calidad de vida.[15]

Todo ello, como acertadamente apunta VAQUER CABALLERÍA, no obstante enuncia el contenido de la cultura, no constituye una definición jurídica de ésta, de ahí que, aceptando los contenidos enumerados, este autor elabore su propia noción. Partiendo de que la cultura requiere una conceptuación abierta, para que las nuevas formas y manifestaciones culturales que vayan surgiendo puedan tener cabida, establece que la cultura es el "*cúmulo de manifestaciones de la creatividad humana a las que la sociedad –institucionalizada o personalizada en el Estado- atribuye un valor intelectual o estético*".[16]

De esta definición se desprenden una serie de características de la cultura relevantes para el Derecho que pueden ser aplicadas a las dos nociones de cultura presentes en la Constitución y que han sido mencionadas ya, cuando nos hemos referido al fenómeno cultural.

[15] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. p. 210, El desarrollo de la personalidad es el fin básico de la educación, (art. 27.2 CE) medio de transmisión de la cultura que está en conexión con los derechos de los presos de acceso a la cultura (art. 25.2 CE) y con el medio ambiente (art. 45 CE), que posee connotaciones culturales. La cultura se presenta también como valor de integración social, tanto de presos (art. 25 CE), como de la juventud (art. 48 CE) y de la tercera edad (art. 50 CE) y contribuye a llevar una digna calidad de vida, a la que se hace mención en el Preámbulo, en el párrafo quinto y en el art. 45.2 CE cuando se refiere al uso racional de los recursos naturales por parte de los poderes públicos.

[16] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura…, cit. p. 94

1.2.2. Elementos de la Cultura relevantes para el Derecho.

a) Patrimonio y progreso culturales

En primer lugar, la cultura está formada por un conjunto de contenidos, existentes en un determinado momento histórico, que constituyen el patrimonio cultural. A este patrimonio se irán incorporando nuevos contenidos inspirados en los anteriores que, al mismo tiempo, servirán como base a los que se añadan con posterioridad, favoreciéndose de esta manera el progreso cultural. El conjunto de contenidos que conforman el patrimonio cultural, en un momento histórico concreto, constituye la dimensión estática de la cultura mientras que la dimensión dinámica queda reflejada en ese progreso experimentado por ella.[17]

Para que este progreso cultural tenga lugar, es fundamental el papel que juega la sociedad. El proceso de creación de la cultura es un acto individual del ser humano, socialmente condicionado ya que, aunque la sociedad como tal no crea cultura, la comunica y difunde. Al mismo tiempo, es la sociedad la destinataria de la cultura, la que la disfruta, por lo que, aunque la cultura sea individual en origen, es social en destino. Por este motivo, ni Derecho ni Política podrán incidir sobre el proceso creativo, pero sí garantizar y promover las condiciones externas idóneas para que se pueda alcanzar ese fin social de disfrute de la cultura por parte de todos. Se pueden distinguir, por tanto, un derecho individual

[17] Ibídem, p. 95

fundamental del individuo a la creación y expresión culturales y un interés colectivo o social de disfrute del patrimonio cultural.

b) Creación humana

Como consecuencia de ese fin social, para que la cultura sea objeto del Derecho, es necesario que salga de la esfera de intimidad y se manifieste en un soporte sensible, de manera que pueda ser comunicada y difundida y se haga accesible a toda la sociedad.[18] No obstante, el soporte en el que se manifiesta no constituye, de por sí, contenido de la cultura, es sólo su portador. El contenido viene constituido por la creación en sí misma.

c) La Cultura como valor

Es importante destacar que no todas las creaciones efectuadas por el hombre constituyen creaciones culturales.[19] Para que esto suceda, es necesario que la sociedad les atribuya o reconozca un valor.[20] Este valor es el elemento que delimita la acepción jurídica de cultura, por lo que

[18] El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual establece en su artículo 10, como objeto de propiedad intelectual, las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

[19] Para VAQUER CABALLERÍA, el Derecho sólo concibe como culturales las manifestaciones intelectuales o estéticas del hombre, pero hay quien considera también los bienes culturales ambientales como parte del patrimonio cultural, tal y como señala B. GONZÁLEZ MORENO en Estado de cultura, Derechos culturales y Libertad religiosa, p. 215. Nos referimos en este trabajo a manifestaciones intelectuales o estéticas realizadas por el hombre.

[20] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit., p. 98, alude a la cuestión de si el valor es una cualidad que posee la cosa y que el hombre reconoce o si por el contrario es éste el que se la atribuye, que fue tratada por ORTEGA Y GASSET en su obra ¿Qué son los valores?, en Obras completas, Tomo VI, Madrid, Alianza-Revista de Occidente, 1989, pp. 315-335, y RECASENS en el Tratado General de Filosofía del Derecho, inclinándose, al contrario que los referidos autores, por la segunda de las tesis.

puede afirmarse que la cultura es una realidad dotada de valor, pero que dicho valor sólo es protegible por el Derecho una vez que ha sido materializado y exteriorizado.

Tratando de reducir la indeterminación de ese valor de la cultura, VAQUER lo reconduce a dos ámbitos. Por una parte, reconoce como valor intelectual el atribuido por el juicio lógico o racional del hombre, esto es, la ciencia y por otra, el valor estético, basado en sus propios criterios sobre la belleza, que viene constituido por el arte.[21] Esta concepción dual del valor de la cultura es la reflejada también en otros ordenamientos como el italiano, el alemán o el griego, que se refieren al "arte" y la "ciencia".[22]

Esta fórmula permite conceptualizar la cultura de manera que ésta se pueda ir adaptando a nuevas manifestaciones y nuevos soportes, evitándose su limitación a las "manifestaciones culturales históricas" que constituyen el arte, la literatura, la ciencia y la técnica, así como configurar un concepto excesivamente abstracto en el que cualquier cosa tenga cabida.

[21] Considera que los valores morales, una vez que se les reconoce identidad jurídica pasan a ser fuente del Derecho y no objeto del mismo y que la religión, aun teniendo múltiples adherencias culturales y ser fuente de manifestaciones culturales, es un fenómeno de fe que no puede ser reconducido a las dimensiones intelectual y estética del hombre que han sido señaladas. VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. p. 100

[22] El artículo 33 de la Constitución Italiana establece que "El arte y la ciencia son libres y libre es su enseñanza", el artículo 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn que "El arte y la ciencia, y la investigación y la enseñanza son libres" y el artículo 16.1 de la Constitución de Grecia que "Son libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza,…".

En cuanto valor jurídico, concluye VAQUER, la cultura constituye una especie de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, cuya principal característica, como su nombre indica, es su inconcreción. Esto hace necesario determinar su significado, adoptando unos criterios interpretativos que impidan el libre arbitrio de la persona que haya de aplicarla.[23]

La noción de cultura como valor es la que sirve como criterio para constituir el Ordenamiento Cultural, es decir, el conjunto de principios y reglas dirigidos a ella para que ésta sea autónoma y plural.

[23] En la determinación administrativa o judicial de las nociones de creación artística, literaria, científica o técnica, estas nociones se desenvuelven, para PRIETO, como supuestos de discrecionalidad técnica y no como conceptos jurídicos indeterminados. PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas... op. cit. p. 238.

2. ESTADO DE CULTURA Vs. CULTURA DE ESTADO

2.1 La configuración del Estado de Cultura.

Las distintas circunstancias políticas y sociales vividas, así como los fines perseguidos por el Estado en cada periodo histórico, fueron provocando el establecimiento de diversas formas de Estado, para los que la cultura y la educación funcionaron como importantes instrumentos a la hora de imponer sus políticas. La asunción de competencias culturales se fue adaptando también a estos cambios y se fue haciendo cada vez mayor, hasta llegar a lo que hoy conocemos como Estado de Cultura.

La cultura, como contenido de la política del Estado, puede ser situada, también, en el período de la Ilustración. A lo largo de la Edad Moderna el Estado venía realizando ya tareas culturales, pero es en este momento cuando empieza a asumir funciones educativas, que previamente eran ejercidas por la Iglesia, llevando a cabo una reorganización de las Universidades. Además, la nueva concepción de cultura, entendida como herencia histórica que ha de ser conservada, provoca que se empiece a regular la protección del patrimonio histórico y artístico, regulándose también el uso de la imprenta y los espectáculos públicos, aunque con un fuerte control sobre la población con el fin de

preservar el orden público.[24] En esta época, el Estado asume que debe organizar a la sociedad.

El reconocimiento de la autonomía de la sociedad frente al Estado se produce durante el período del Estado Liberal. El Estado intensifica su misión cultural y empieza a reconocer a los ciudadanos, derechos y libertades culturales, incluso frente a sí mismo, respetando la autonomía también respecto a la cultura.

Paralelamente, a principios del S. XIX, empiezan a consolidarse las ideas del idealismo alemán, por las que la cultura convierte al hombre en un ser libre y lo conduce a un Estado ideal al que denominan Kulturstaat o Estado de Cultura. De esta forma, los principios básicos sobre los que se sustenta este Estado ideal son el de que "*la cultura hace la libertad*" y que "*la cultura es autónoma*" y sobre ellos se sustenta nuestro Estado de Cultura.[25] Para poder garantizar esa libertad y esa autonomía, el Estado habrá de abstenerse de interferir en los contenidos de la cultura y llevar a cabo, al mismo tiempo, una función de promoción y tutela de la actividad cultural.

La prioridad del Estado en este período liberal continúa siendo la instrucción pública, aunque rechaza el intervencionismo del Estado

[24] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. pp. 35 y ss. La aparición de la imprenta supuso un gran avance para la comunicación de las creaciones culturales al favorecer la circulación de libros, no obstante fuese sometida a censura.

[25] Ibídem, p. 46. Sólo en un Estado de cultura el hombre puede ser libre, de forma que la cultura ha de ser para el Estado un fin en sí misma, confirmándose su autonomía frente al propio Estado y frente a terceros, de los que el Estado ha de protegerla.

absoluto y se configura como un Estado garantista. Su objetivo es implantar una instrucción nacional, común a todos los individuos, que esté encaminada hacia el bien público. Para ello, se instauraron la libertad de imprenta y la propiedad intelectual, que pusieron fin al sistema absolutista de privilegios de impresión que venía funcionando hasta el momento y generaron un estancamiento del régimen jurídico del patrimonio cultural. A nivel de organización del poder público cultural, el periodo liberal supuso la confirmación de una Administración cultural desconcentrada y una primera Administración cultural central con funciones exclusivas.

Al Estado Liberal lo sucedió el Estado Social, que no se caracteriza ni por el dirigismo cultural del Estado absoluto ni por el garantismo del Estado liberal, sino que es un Estado prestacional. Existe en este periodo una interdependencia casi absoluta entre Estado y sociedad que supone la universalización de los ámbitos de intervención del Estado en materia cultural, no ya únicamente en la instrucción pública y conservación del patrimonio, y se convierte en agente cultural que trata de facilitar el acceso de todos a los bienes culturales. El cambio vino motivado por la revolución tecnológica de los medios de difusión cultural que facilitaron el acceso de las clases populares a las manifestaciones culturales, multiplicándose las formas de expresión cultural. Por ello, más que a una iniciativa de los poderes públicos, la nueva política cultural del Estado social se atribuye a una demanda de la sociedad. Es en este período cuando se afirma por primera vez el valor cultural como fundamento

explícito del régimen jurídico del patrimonio y cuando se sienta el principio general de intervención directa del Estado sobre los bienes culturales, con independencia de su titularidad.

Cuando se hizo manifiesta la incapacidad del Estado Social para estructurar el orden social surgido de las innovaciones tecnológicas, algunos estados europeos se pasaron a regímenes totalitarios y surgieron las vanguardias estéticas, aunque en España la relación entre política y estética no tuvo mucha relevancia, ya que cuando Franco llegó al poder éstas habían perdido ya mucha fuerza. Durante el totalitarismo, se vuelve a la centralización política, a una negación de libertades y a una política cultural predominantemente dirigista, donde la cultura queda subordinada a la política. Esto provocó que se extendiera la censura y se reforzara la intervención administrativa.

Será la Constitución de 1978 la que restaure la cláusula del estado social y democrático de derecho, aunque primando los factores socio-económicos sobre las cuestiones culturales. Hay que tener en cuenta que los objetivos de los Estados, tras la crisis económica que se había vivido en los años treinta y el fin de la Segunda Guerra Mundial, estaban más orientados a la recuperación de la economía. Es, una vez alcanzada la estabilidad económica y la paz, cuando empieza a surgir el interés por las cuestiones culturales y se alcanza el Estado de Cultura.

Fueron diversos los acontecimientos que propiciaron el establecimiento de esta nueva forma de Estado. La aparición de nuevos

soportes físicos y medios de comunicación cultural fomentaron el acceso a la cultura de un cada vez mayor número de personas, y esta cultura de masas exigía una continua renovación de la oferta cultural. Los avances tecnológicos, más que a la creación, afectaron a la difusión de la cultura y los poderes públicos pasan de estar centrados, únicamente, en la conservación del patrimonio e instrucción pública, para preocuparse también de que todas las personas puedan acceder a la cultura. Surgen las industrias culturales, terceros contra los que el Estado ha de proteger la libertad de creación, encargadas de reproducir y difundir en serie las creaciones culturales, con el punto a favor de que colaboran a democratizar la cultura, al hacerla accesible a todos, pero con el punto en contra de que, al seguir criterios económicos y no tener como finalidad el desarrollo cultural, pueden afectar a la libertades culturales. La internacionalización de los mercados supuso también una internacionalización de la cultura, provocando que, cada vez más, se pierda la transmisión cultural de unas generaciones a otras en favor de una transmisión entre sujetos pertenecientes a una misma generación.

Todo ello sumado hizo que los poderes públicos tuviesen que intervenir en la cultura en favor del interés general, aunque respetando su autonomía, misión que corresponde a la Administración en un Estado de Cultura.[26]

[26] Para un análisis más detallado de la evolución histórica de la política y derechos culturales, ver en VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. pp. 32-90

Respecto a los motivos que justifican la acuñación como Estado de Cultura, PRIETO señala, acertadamente, que existiendo los órdenes político, económico, social y cultural, encuadrados mediante fórmulas como Estado democrático de Derecho, en el caso del político, y Estado social, para el económico y social, está justificado el uso de Estado de cultura para designar el orden cultural.[27]

El Estado de Cultura es la fórmula jurídico-constitucional que refuerza las garantías de existencia libre y plural de la cultura y promueve las condiciones positivas para su progreso democrático y para hacerla accesible a todos los individuos.[28]

PRIETO señala como los tres principios fundamentales sobre los que se articula el Estado de cultura, la libertad, el pluralismo y el progreso culturales. Estos principios derivan de la implicación que tiene la cultura con el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, así como de las funciones del Estado de garantía y promoción de las condiciones que favorecen el progreso cultural y la participación democrática de todos los ciudadanos.

VAQUER distingue dos órdenes entre los principios sobre los que el valor de la cultura despliega su eficacia. En el primero encuadra el pluralismo y la autonomía de la cultura como principios que sintetizan el concepto de cultura en el Estado de Cultura: la cultura es un valor

[27] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. p. 217
[28] Ibídem, p. 224

autónomo y plural. En el segundo están comprendidos, referidos a la misión cultural de los poderes públicos en el Estado de Cultura, los principios de libertad cultural y desarrollo cultural, por los que se articulan unos derechos subjetivos de libertad cultural que los poderes públicos han de respetar y además, éstos, han de llevar a cabo actuaciones encaminadas a la conservación y promoción de la cultura, de lo que derivarán unos derechos subjetivos de prestación por parte de dichos poderes.[29]

Todo ello está recogido en la denominada por la doctrina, "Constitución Cultural" y desarrollado por un poder público orientado a la actividad cultural, como es la "Administración cultural".

2.2. La Constitución Cultural

La relación entre Cultura y Derecho existe desde hace mucho tiempo, aunque la concretización de la especialidad "Derecho de la Cultura" es reciente. Se sitúa el origen de este Derecho en el S.XIX, momento en el que, como hemos visto, comienza a legislarse sobre tres de los sectores culturales más importantes como son el de los derechos

[29] VAQUER CABALLERÍA, M. Estado y cultura… Op. cit. p. 105.

de autor, el de patrimonio cultural y centros de depósito cultural y el de prensa e imprenta.[30]

Junto a estas regulaciones sectoriales empieza a articularse también una regulación general que recoge los principios sobre los que se apoya la cultura, así como los derechos fundamentales relacionados con aquélla, es decir, los derechos culturales y todas sus garantías jurídicas.[31]

Es de esta manera que surge el Derecho de la cultura, a través del cual se enfoca el fenómeno cultural desde una perspectiva global que relaciona todas las dimensiones culturales y que ofrece un marco jurídico en el que establecer los valores y las garantías que favorezcan el desarrollo cultural y proporcionen los instrumentos necesarios para determinar los modelos culturales que han de ser implantados en las sociedades democráticas actuales.[32] Se garantizan, de esta forma, los derechos culturales de los individuos y de los grupos en los que éstos desenvuelven sus vidas, así como los principios y valores superiores que hacen posible el desarrollo cultural en democracia, los cuales son

[30] A los de prensa e imprenta se añadirántambién, a lo largo del S. XX, el cinematográfico y el audiovisual.

[31] Hasta la Constitución Mexicana de 1917 los textos constitucionales carecían de garantías específicas en materia cultural y la libertad cultural no era recogida de manera expresa, entendiéndose implícita en la libertad de expresión y de prensa e imprenta. PRIETO, Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados, Pensar Iberoamérica, Revista de Cultura, número 1, Junio-Septiembre 2002.

[32] El carácter multidisciplinar de la cultura hacía necesaria la interconexión de las diversas especialidades desde las que se estudiaba el fenómeno cultural, toda vez que no resultaba posible analizar la cultura desde un único punto de vista, encontrándose en el Derecho el marco idóneo para conseguirlo.

recogidos, dentro de las Constituciones, en lo que la doctrina ha denominado "Constitución Cultural".[33]

El origen de la expresión procede de la doctrina italiana, con la que algunos autores hacen alusión al "*conjunto de normas y principios constitucionales que aseguran a la persona la satisfacción real y efectiva de sus necesidades en el ámbito de la cultura, la ciencia, el medio ambiente y el disfrute del patrimonio histórico y artístico*".[34] En la actualidad, se utiliza para referirse al amplio conjunto de los artículos presentes en la Constitución relativos a la cultura y sus distintas manifestaciones.[35]

La Constitución Cultural Española regula el fenómeno cultural tanto desde la perspectiva del Estado como de la de los ciudadanos, y desde el punto de vista de éstos, como circunstancia individual y colectiva. Lo hace

[33]A. PIZZORUSSO definiría esta nueva especialidad como la parte de Derecho Administrativo que disciplina la actividad desarrollada por los poderes públicos para, de manera directa, promover la educación científica y artística de los ciudadanos y, de forma indirecta, regular la actividad de los particulares que intervienen en el sector cultural en el ejercicio de sus derechos y libertades, tomado de B. GONZÁLEZ MORENO, Estado de Cultura… op. cit. p. 86.

[34] GONZÁLEZ MORENO, B., Estado de Cultura… op. cit. p. 137, destaca que esa expresión fue definida por Alessandro PIZZORUSSO, el cual, en Lecciones de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 193 y ss. (trad. Cast. a cargo de J. Jiménez Campo, del original italiano Lezioni di diritto costituzionale, 1981; 3ª ed., Foro Italiano, Roma, 1984) considera que deben incluirse en la Constitución unas disposiciones orientadas a "*asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen del uso que se haga de los recursos humanos en atención a fines políticos o económicos. Se da así entrada a una nueva dimensión de las garantías constitucionales cuyo núcleo esencial se halla en la protección de la libertad personal y de los demás derechos fundamentales vinculados de diversa manera a la misma, y que se manifiesta, ante todo, en un conjunto de reglas generales tendentes a crear una situación ambiental que facilite lo más posible el ejercicio de las libertades individuales*".

[35] En la Constitución Española, junto al Preámbulo, son múltiples los artículos que conforman la denominada Constitución Cultural, caracterizándose este bloque cultural, como indica VAQUER en Estado y cultura… op. cit. p. 173, además de por su extensión y sistematicidad, por su dispersión a lo largo de la Carta Magna.

también con distinta fuerza normativa, a través de derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador o principios fundamentales y fines del Estado.[36]

En Italia, a la hora de elaborar un concepto de constitución cultural tomaron como punto de partida el art. 9 de la Constitución de 1947 en el que se establece como deber de la República el de promover el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica, así como tutelar el paisaje y el patrimonio histórico de la Nación. Este desarrollo social y cultural de los ciudadanos constituye uno de los fines fundamentales del Estado por eso éste ha de facilitar las condiciones necesarias para que todos puedan ejercitar sus derechos y libertades.[37]

2.2.1. Los Derechos Culturales

Entre los contenidos regulados en la Constitución cultural se encuentran los derechos culturales.

Estos derechos son una "*subclase de los derechos humanos, en el ámbito sistemático de los derechos económicos, sociales y culturales, que agrupa los derechos y las libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuyo objeto es la búsqueda de la propia identidad*

[36] GONZÁLEZ MORENO, B., Estado de cultura… op. cit. p. 143
[37] Ibídem, p. 142

personal y colectiva que sitúe al individuo en su medio existencial en cuanto a su pasado – por la tradición y la conservación de su patrimonio histórico y artístico-, su presente – por la admiración, la creación y la comunicación cultural- y su futuro – por la educación y el progreso cultural, la investigación científica y técnica y la protección y restauración del medio ambiente-."[38]

Constituyen una de las cinco categorías en las que se clasifican los derechos humanos; esto es, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero carecen también de un concepto legal. Entre las distintas causas señaladas por la doctrina para justificar esta carencia se establecen la inseguridad del legislador ante la noción de cultura, de la que podían derivar numerosas prestaciones, así como alguna reticencia a la hora de considerar la cultura como objeto de prestación de los poderes públicos.[39] De igual manera, la falta de precedentes así como la conexión y dependencia de estos derechos con los derechos pertenecientes a las categorías anteriormente señaladas, fundamentalmente con los económicos y sociales[40] e incluso por la dificultad que supone distinguir entre las cinco clases de derechos humanos citadas de forma "científica, clara y operativa".[41]

[38] Definición con la que la doctrina designa a los derechos culturales recogida por GONZÁLEZ MORENO, B., en Estado de cultura… op. cit. p. 97
[39] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas…, op. cit. p. 280
[40] GONZÁLEZ MORENO, B., Estado de cultura… op. cit. p. 94
[41] PUY MUÑOZ, F., "Ensayo de definición de los derechos culturales", cit. p. 205, tomado de GONZÁLEZ MORENO, Estado de Cultura… op. cit. p. 94

El fenómeno cultural se produce en una triple dimensión: en la creación, en la comunicación y en la conservación de la cultura. Evidentemente, cada una de ellas exigirá una actitud distinta por parte de los poderes públicos que se reflejará en una función diferente de éstos.[42] Cada una de estas funciones se corresponde dogmáticamente con el reconocimiento de distintas posiciones jurídico-subjetivas en materia cultural: por un lado, como ámbito de autonomía individual, a través de las libertades culturales y por otro, a través de posiciones jurídico-prestacionales de contenido variable.[43]

a) Derechos de libertad

La Constitución Española consagró en el art. 20.1 una de las especificaciones o aplicaciones materiales básicas del principio constitucional de la libertad, entendida ésta como valor superior del ordenamiento en virtud del art. 1.1 CE [44] y como fundamento del orden político y de la paz social proclamado en el art. 10 CE.[45] El referido precepto reconoce y protege, en sus distintos apartados, la libertad de expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, la libertad de

[42] PRIETO DE PEDRO, J., "Artículo 44.1.- El derecho a la cultura", cit. pág. 214, sacado de B. GONZÁLEZ MORENO, Estado de cultura… op. cit. p. 152

[43] GONZÁLEZ MORENO, B., Estado de cultura… op. cit. p. 152

[44] Art. 1.1 CE: *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

[45] Entre los fundamentos de orden político y paz social se reconocen "*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley a los derechos de los demás*".

creación y producción literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y la libertad de información, en sus distintos apartados. Todos estos supuestos son libertades individuales en materia cultural, configuradas constitucionalmente como *libertades-autonomía*, es decir, auténticos derechos de defensa, por lo que el Estado ha de adoptar una postura de no injerencia sobre ellas.[46]

b) Derechos de participación

El artículo 9.2 CE se refiere a la vida cultural como un derecho de participación cuando establece que "*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*". Participar en la vida cultural exige la libertad de la cultura, que se manifiesta en la libertad de creación cultural, en la protección jurídica de las obras culturales creadas y de los intereses morales y materiales que se derivan de ellas en favor de sus autores o creadores y en la libertad de elección de contenidos culturales, al margen de toda intervención estatal, pero requiere por parte de los poderes públicos que se establezcan unos cauces concretos para que sea posible esa participación en condiciones

[46] GONZÁLEZ MORENO, B., Estado de cultura… op. cit. pp. 152 y ss.

de igualdad. La participación es un derecho-deber de todos los ciudadanos.[47]

c) Derechos de prestación

En numerosos casos, una amplia vertiente de los derechos culturales se ha de concretar en prestaciones positivas del Estado hacia los individuos y grupos. Una de las dimensiones de esta actividad prestacional es la del derecho de acceso a la cultura, regulada en el art. 44.1 CE por el que "*Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho*".

2.2.2. El Estado de Cultura en la Constitución Española

En nuestra Constitución, se puede señalar como cláusula del Estado de Cultura el artículo 149.2, mediante el cual se establece que "*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*".

Este precepto enfatiza que el Estado está al servicio de la cultura y que esto es así porque la cultura es un fin para el Estado. Como consecuencia se afirma que la cultura es un valor autónomo, situándose

[47] Ibídem, p. 166. Señala la autora como ejemplo la Ley de Patrimonio Histórico Español, en la que se aprecia este derecho-deber de los ciudadanos al encomendar a éstos la protección, conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, a través de unos determinados mecanismos.

al mismo nivel que los órdenes moral y religioso o que el económico, aunque subordinado, al igual que los otros, a los valores superiores del Ordenamiento establecidos en el art. 1.1 CE, esto es, la "libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Además, este servicio de la cultura como deber y atribución esencial del Estado implica la existencia de la misión cultural del Estado.

2.3. La Cultura en el Estado de Cultura

2.3.1. Principios que sintetizan el concepto de Cultura

a) Autonomía de la Cultura

La autonomía de la cultura es el fin que persigue el Estado de Cultura. Para ello, el Estado ha de adoptar, por una parte, una postura de abstención, en el sentido de no intervenir en el ejercicio de los derechossubjetivos de libertad cultural de los ciudadanos como demandan, por ejemplo, los artículos 20.1 b) y c) CE.[48]

Por otra parte, adopta la misión de promoción cultural encaminada a favorecer dicha autonomía, de la que un ejemplo claro es el artículo 44 CE, que proclama el derecho de acceso a la cultura. Lo que se pretende con esta acción positiva es crear las condiciones idóneas para que la

[48] En estos preceptos se recogen los derechos de libertad de creación y producción artística y libertad de cátedra, respectivamente, para cuyo ejercicio precisan que el Estado no intervenga.

libertad sea real y permita la participación de todos los individuos en la vida cultural en condiciones de igualdad.[49]

MARCOS VAQUER utiliza las expresiones "*autonomía-abstención*" y "*autonomía-misión*" para caracterizar las funciones del Estado de cultura, que se corresponden con los términos de "libertad" y "desarrollo" con los que SPAGNA MUSSO identifica los contenidos fundamentales del mismo.[50]

b) Pluralismo Cultural

El pluralismo cultural es otro de los principios fundamentales que caracterizan a la cultura. Se sustenta, según PRIETO, en que "*la diversidad cultural es un hecho natural, una tendencia espontánea de los grupos humanos y como tal, un valo*r" (…) "*y que la personalidad de los individuos no se desenvuelve aisladamente, sino al calor de ambientes y contextos culturales determinados*".[51]

Junto a esta consideración de diversidad cultural como valor hay que destacar la de igual dignidad de todas las culturas. Todas las culturas han de ser respetadas y protegidas, puesto que cada una de ellas es

[49] Encomienda a los poderes públicos regulada en el art. 9.2 CE que en el caso de la cultura se concretiza específicamente en el art. 44 CE.

[50] SPAGNA MUSSO identifica estas dos posturas adoptadas por el Estado de Cultura con los artículos 9 y 33 de la Constitución Italiana mediante los cuales se proclaman como contenidos fundamentales de este Estado el "principio dello sviluppo della cultura" y el "principio della libertà della cultura", en "Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana", Nápoles: Morano ed., 1961, p. 56.

[51] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. p. 250-251.

singular e irrepetible.[52] El art. 3.3 CE es un reflejo de este principio respecto a las lenguas por el cual "*la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección*".

La Constitución garantiza una pluralidad cultural en las que los miembros de la población española desarrollan su personalidad e introduce dicho pluralismo en un sistema de autonomía territorial que posee una amplia capacidad para autogobernarse y desenvolver sus intereses culturales, sin dejar a un lado la protección de la cultura común de todos los españoles.

La unidad es una cualidad inherente a toda organización estatal, pero la unidad cultural no suele ser mencionada entre los ámbitos operativos en los que se manifiesta el principio de unidad del Estado. Por otra parte, la "cultura", como fomento o como servicio, es al mismo tiempo competencia del Estado, en virtud del art. 149.2 CE, de las Comunidades Autónomas, en virtud del art. 148.1.17ª e incluso de los entes locales, confiada de forma paralela y simultánea a ellas. Esto lleva a pensar en la cultura como un fenómeno total e indivisible al igual que la consideración de la cultura como valor, un valor que todo el Estado ha de proteger y perseguir.

[52] Art. Primero de la Declaración de los Principios de Cooperación cultural internacional, UNESCO, 4 noviembre, 1966: "*1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos. 2. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura. 3. En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad*".

Esto trae como consecuencia un reparto concurrente de competencias en materia de cultura y la necesidad de diálogo e intercambio cultural entre las Comunidades Autónomas entre sí y entre estas y el Estado, plasmado en el art. 2 CE con el principio de solidaridad.[53] La función de este principio es sancionar un deber jurídico de corresponsabilidad entre todos, como un conjunto plural pero armónico y justo. Enlaza la unidad necesaria de todo conjunto diverso con la autonomía de sus partes integrantes.[54]

2.4. La función cultural de los poderes públicos

2.4.1. Principios referidos a la misión cultural de los poderes públicos.

a) Libertad Cultural

Indicábamos anteriormente que la libertad de la cultura es uno de los pilares fundamentales sobre los que reposa el Estado de cultura, pudiendo apreciarse en múltiples manifestaciones. PRIETO propone una clasificación de las mismas agrupándolas en cuatro grupos.[55]

[53] Art. 2 CE: "*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*".
[54] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. pp. 271-272.
[55] Ibídem, pp. 224 a 226.

En primer lugar, distingue las "*libertades de creación cultural*", a las que prestaremos especial atención por constituir el objeto de nuestro estudio. Forman parte de estas libertades la regulada en la Constitución en el artículo 20.1 b), relativa a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica, así como la protección de los derechos de autor sobre las creaciones resultantes.

Una segunda categoría está constituida por las "*libertades de comunicación cultural*", entre las que se incluye, por un lado, el derecho genérico a la libre transmisión de la cultura en sus diversas manifestaciones y, por otro, la libertad de enseñanza y libertad de cátedra, a las que la Constitución hace mención expresa en los artículos 27.1 y 20.1.c), respectivamente.[56]

En un tercer grupo de libertades encuadra las "*libertades de emprendimiento e institucionalización*" que como el propio PRIETO define son las libertades de "*erección, sostenimiento y gestión de organizaciones y entes que persiguen finalidades relacionadas con la creación, la transmisión y la conservación de la cultura*"[57] y cuyo objetivo es "*garantizar la pluralidad de iniciativas sociales, de los individuos y de los grupos, en relación con la cultura y a la vez impedir la exclusividad o*

[56] El artículo 27.1 CE recoge que "Todos tienen derecho a la educación" y que "Se reconoce la libertad de enseñanza" mientras que el apartado c) del art. 20.1 reconoce y protege el derecho "a la libertad de cátedra".

[57] Entre estos derechos enumera la libertad de creación de centros docentes, regulada en el art. 27.5 CE, por el que "los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes". De igual manera, pertenecen a esta categoría los derechos de asociación del artículo 22 CE, de fundación del artículo 34 CE o de libertad de empresa del artículo 34 CE.

monopolio de iure de los poderes públicos en aquellos sectores o actividades de la vida cultural en los que-en el cumplimiento de sus tareas de facilitar el acceso de todos los individuos a la cultura- han de intervenir como sujetos promotores o prestadores de servicios culturales".

Por último, en profunda conexión con la libertad de la cultura, destaca el "*principio de libre desarrollo de la personalidad".* Este principio está regulado, como hemos visto anteriormente, en el artículo 10.1 CE en el cual, referido a los derechos de la persona, se afirma que "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*". El Estado ha de respetar a las personas y dejarlas desarrollarse en libertad y es a través de la cultura que esto es posible. Por este motivo, el Estado ha de crear las condiciones idóneas para que la cultura sea libre y de esta manera, los individuos puedan crecer y desarrollar su propia manera de ser, que es lo que los diferenciará del resto.

La conexión entre este principio y la cultura, hemos señalado también, queda patente en el hecho de que uno de los medios de transmisión cultural más importante, como es la educación, tiene por objeto el *"pleno desarrollo de la personalidad*". Se aprecia también en el artículo 25.2 CE, mediante el que se establece que el condenado a pena de prisión tendrá, en todo caso, derecho al "*acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*" así como en relación al medio

ambiente, respecto al que se afirma en el artículo 45.1 CE que "*todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*".

b) Progreso Cultural

El progreso de la cultura persigue la igualdad en el disfrute de la cultura por los individuos, para lo cual exige de los poderes públicos garantizar la no injerencia pública en el ejercicio de la libertad de creación cultural y en el desenvolvimiento de la diversidad cultural de la sociedad y adoptar medidas positivas de desarrollo para hacer accesibles a todos los bienes culturales. Entre estas medidas, tutelar y promover el acceso a la cultura. El derecho de acceso a la cultura está regulado en el artículo 44 CE, en virtud del cual:

> *"1.Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.*
>
> *2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*".

El Estado tiene por misión permitir que, una vez que la cultura tiene garantizada su libertad, pueda llegar a todos. El objeto del derecho del artículo 44.1CE se refiere tanto a la creación cultural como a la cultura ya creada, es decir, al derecho a acceder a las condiciones adecuadas que permitan crear cultura, así como a la cultura ya existente que conforma el patrimonio cultural. Ambos contenidos de este derecho vienen regulados en los artículos 20.1 b) y 46 de la Constitución, respectivamente. El

derecho de acceso a la producción y creación culturales del artículo 20.1 b) CE constituye la dimensión activa de las personas a participar en la vida cultural y el acceso al patrimonio cultural, regulado en el artículo 46 CE de la misma, constituye la dimensión pasiva.

"*El derecho a la cultura es el derecho de los medios que facilitan su acceso*".[58] El carácter especial de los bienes culturales provoca que, por encima de los derechos inherentes a la titularidad de los mismos, exista un interés general, por el cual los poderes públicos han de tutelarlos, promoverlos y garantizarlos, quedando justificada la intervención administrativa en esta materia y sobre estos bienes, afectados a la satisfacción de necesidades culturales. Podemos decir que para que el derecho a la cultura tenga eficacia es necesaria la actuación de los poderes públicos.

La cultura aquí mencionada se comporta como un concepto que integra el resto de nociones y contenidos que están presentes en la Constitución y en palabras de PRIETO, la noción de cultura en este precepto "*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*

[58] A. TORRES DEL MORAL, en B. GONZÁLEZ MORENO, Estado de cultura, op. cit. p. 88

cultura, como facultad de acceder a los bienes del espíritu que esta noción incluye".

Esta expresión, derecho a la cultura, en singular, es poco frecuente en el lenguaje constitucional, pero es cada vez más corriente en los textos internacionales y nuevas constituciones, usada en plural como "*derechos culturales*". Ambas expresiones son tomadas por la literatura científica más como categorías tipológicas para la clasificación de los derechos fundamentales que como derechos públicos subjetivos directos. Opina PRIETO que esto puede deberse a una "*aún no vencida inseguridad del legislador ante la noción de cultura, una noción imprecisa de la que se podría derivar una incontrolable demanda social de prestaciones, y quizá también puedan esconder restos de alguna pudorosa reticencia ante la cultura como objeto de prestación de los poderes públicos*".

La constitucionalización de la cultura como objeto de un derecho fundamental supone un paso decisivo para alcanzar una visión plena y articulada de los distintos fenómenos que encierra lo cultural y que se encuentran dispersos. El art. 44.1 engloba esa dimensión público subjetiva de los ciudadanos ante los poderes públicos a la que se refiere PRIETO.

Son sujetos de este derecho todos los poderes públicos, lo que es congruente con el reparto concurrencial de competencias de los artículos 148 y 149 CE.

Con la positivación de la cultura como derecho en la constitución, se ha dado un paso decisivo para su consolidación como derecho fundamental autónomo y concretamente como derecho de prestación que implica una acción positiva del Estado para que los individuos puedan ejercerlo. Por ello, las garantías de este derecho son las generales previstas en el artículo 53.3 CE aunque sin posibilidad de exigencia inmediata ante Jueces y Tribunales.

No obstante, hay manifestaciones concretas del derecho a la cultura que están reguladas en el capítulo de los derechos y libertades fundamentales, como ocurre con la creación artística, para otorgarle el grado máximo de garantías que puede conceder la constitución; las del art. 53.2 CE. Sobre este derecho, precisamente, centraremos el capítulo siguiente para, una vez conozcamos su alcance y contenido, podamos analizar hasta qué punto la Administración puede limitarlo sin vulnerarlo.

Los derechos fundamentales constituyen el valor superior de cualquier cultura, porque persiguen la libertad y la tolerancia. Esta conexión existente entre los derechos fundamentales y la cultura ha llevado a PRIETO a formular un nuevo principio vigente dentro del Estado de Cultura, al que ha denominado principio de “enculturación democrática”. Lo que se intenta transmitir es que los poderes públicos han de garantizar el progreso de la cultura promoviendo el acceso a ella y su desarrollo. Esta misión la han de llevar a cabo creando las condiciones que fomenten que en ese proceso de “enculturación” primen la libertad y

la tolerancia por encima de todo, dejando al margen de su protección y promoción aquellas manifestaciones culturales que sean contrarias a los derechos humanos y a los principios democráticos de convivencia. Se trata de fomentar el respeto hacia cualquier manifestación cultural para poder convivir de forma pacífica.

"*El Estado de cultura no sólo debe garantizar la libertad de la cultura -de las culturas- y promover su progreso facilitando el acceso a ella, sino que debe favorecer las condiciones para que éste haga más tolerantes (…) a los individuos.El servicio público cultural ha de ser el paradigma del espíritu de la tolerancia, del diálogo cultural y del respeto de la libertad cultural del otro*".[59]

[59] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas… op. cit. p. 285

CAPÍTULO II: DERECHO DE LIBERTAD DE PRODUCCIÓN Y CREACIÓN ARTÍSTICA

1. Reconocimiento constitucional del derecho de producción y creación y artística.

La libertad de creación artística es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución Española junto a los demás derechos relacionados con la manifestación y difusión pública del pensamiento, ideas, opiniones e información, como son la libertad de expresión, de cátedra y de información.

Art. 20 CE:

1. *Se reconocen y protegen los derechos:*
   a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
   b) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*
   c) *A la libertad de cátedra.*
   d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

Su reconocimiento constitucional supuso una novedad en nuestro ordenamiento, ya que la dictadura vivida en España, antes de la aprobación de la Constitución de 1978, se caracterizó por la existencia de un fuerte control por parte del Gobierno sobre las libertades recogidas en dicho artículo, que fueron sometidas a censura y reprimidas a través del Derecho Penal.

Aunque novedoso para nosotros, existían ya antecedentes en otras constituciones europeas como la portuguesa, la alemana o la italiana.[60] Es precisamente en Italia donde, a raíz del reconocimiento de ese derecho en un artículo distinto al que regula la libertad de expresión, se abrió un debate entre la doctrina para determinar si esas libertades, correspondientes a las del apartado b) de nuestro artículo 20.1, pertenecen a la libertad de expresión o constituyen un derecho autónomo, cuestión que abordaremos a continuación, debido a la importancia que tendrá a la hora de establecer los límites de las mismas.

También existen antecedentes del reconocimiento de esta libertad, a nivel internacional, en diversos pactos y declaraciones. Véase el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mediante el

[60]La constitución portuguesa, en su artículo 42, incluye dentro de la libertad de creación cultural la creación intelectual, artística y científica, que abarca el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra científica, literaria o artística, junto a la protección legal de los derechos de autor.

El artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn, cuya redacción será la que utilice posteriormente la Constitución Europea en su artículo II-73 para regular la libertad de las artes y las ciencias, recoge la libertad de las artes y la investigación científica.

Finalmente, afirma la constitución italiana en su artículo 33, que el arte y la ciencia son libres y libre es su enseñanza.

cual "*toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*" que comprende "*la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*".[61] De igual manera, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por el que "*todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión*" incluyendo el derecho a "*no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*",[62] o el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en virtud del cual "*toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*", esto es, "*la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras* (…)".[63]

La Constitución Española regula la libertad de creación artística en la Sección 1ª, Capítulo II del Título I de la Constitución, "*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*", lo que trae consigo una serie de consecuencias jurídicas, garantizadas mediante las técnicas establecidas por la propia Constitución, en su artículo 53. En virtud de este artículo sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido

[61] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realizado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.
[62] Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecho en París el 10 de diciembre de 1948.
[63] Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

esencial, podrá regularse su ejercicio y su tutela podrá ser recabada ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Para garantizar la existencia de una comunicación pública libre, el propio artículo 20 CE constitucionaliza en su apartado segundo, junto a estas garantías generales, la prohibición de cualquier tipo de censura previa, así como, en el apartado quinto, la necesidad de resolución judicial para que se pueda llevar a cabo el secuestro de publicaciones, grabaciones u otros medios de información.[64] Incluye además, en su apartado tercero, garantías respecto a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público, estableciendo que "*la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará 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*".

No cabe duda de que la libertad de creación artística es considerada, por el constituyente, como un derecho destacado, al que ha dotado de una protección especial.

[64] El apartado segundo del artículo 20.1 CE dispone que "*el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*" y el apartado quinto que "*sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial*".

2. Libertad de creación artística y libertad de expresión.

En el ámbito del Derecho constitucional, la libertad de producción y creación artística no ha sido objeto de un análisis específico, siendo considerada por algunos autores como una manifestación de la libertad de expresión que únicamente se diferencia de ésta por el soporte utilizado. La inclusión de ambas dentro del mismo artículo y epígrafe, el 20.1 de la Constitución, hace necesario determinar si se trata de derechos autónomos o si, por el contrario, la libertad de creación y producción es una concreción de la de expresión.[65]

Entre la doctrina hay opiniones variadas. Ciertos autores consideran, como acabamos de señalar, que la libertad de creación artística es una de las manifestaciones del derecho a la libertad de expresión y que se caracteriza únicamente por el soporte utilizado para su ejercicio. Algunos añaden, incluso, que su reconocimiento es casi innecesario por reiterativo, al poder incluirse la manifestación de pensamientos o ideas, a través de creaciones artísticas, dentro de los

[65] La doctrina italiana se planteó esta cuestión a la hora de determinar los límites de cada uno de esos derechos porque, al contrario de lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de expresión y las libertades de creación cultural, en Italia, están reguladas en artículos distintos de la Constitución y, mientras que para la libertad de expresión del artículo 21 se fija expresamente como límite el de las buenas costumbres, respecto a las libertades del artículo 33 no se dice nada. De ahí surge la necesidad de aclarar si se trata del mismo derecho o si son considerados derechos distintos.

supuestos regulados en el apartado a) del artículo 20.1 de la Constitución.[66]

Para otros, como MONTILLA MARTOS, el artículo 20.1 CE recoge cuatro manifestaciones específicas de la libertad de expresión, entendida ésta en sentido amplio. De esta forma, la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica constituye una concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones en ámbitos específicos, como son el literario, el artístico, el científico y el técnico. Sería, por tanto, una modalidad de la libertad de expresión, carente de un régimen constitucional diferenciado más allá de la especificidad de su objeto.[67]

MARCOS VAQUER, por el contrario, considera que el derecho de producción y creación cultural es un derecho autónomo, aunque "*complementario y parcialmente coincidente con el de la libertad de expresión*". Tras analizar la estructura formal del artículo 20.1 CE, concluye que no se recoge en este artículo el derecho fundamental que posteriormente se desarrolla y concretiza, sino que se realiza una enumeración de derechos, sin establecer entre ellos diferencias de condición o jerarquía, señalando, además, que determinadas manifestaciones de la creación artística, como pueden ser las plásticas o

[66] ALZAGA VILLAAMIL, O., La Constitución española de 1978 (Comentario Sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 217

[67] MONTILLA MARTOS, J.A., *Manual de Derecho Constitucional,* [BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, Coord.], Vol. II, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 194 y ss.

las musicales, serían difícilmente subsumibles en los conceptos de "*pensamientos, ideas u opiniones*".[68]

En esa misma línea, se manifiesta JESÚS PRIETO, para el que la mención expresa de las libertades de creación cultural tiene un significado que va más allá que el puramente descriptivo, tratándose de una "*medida reforzadora de los bienes jurídicos que, dentro del genérico de la comunicación humana, cada una de ellas encauza de forma singular*". Si no fuese así, podría haberse regulado únicamente la libertad de expresión, dentro de la cual ya quedarían incluidas todas las demás.[69]

Una aportación importante sobre esta cuestión, que defiende la autonomía de la libertad de creación respecto a la de expresión, es la realizada por ÁLVAREZ CONDE, al destacar que con el derecho de producción y creación culturales, se están protegiendo también los derechos del autor sobre la obra, los cuales no tendrían cabida dentro del apartado a) del artículo 20.1CE.[70] Sobre si el derecho de producción y creación cultural protege también los derechos de autor, nos ocuparemos cuando analicemos su contenido, aunque podemos adelantar que, aunque solo alguno de ellos, sí están incluidos.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional no ha profundizado demasiado sobre el contenido del derecho objeto de

[68] VAQUER CABALLERÍA, M., *Estado y Cultura,* op. p. 183.
[69] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y Constitución, op. cit. p. 228.
[70] ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 495.

estudio, pero sí ha afirmado, en su Sentencia 153/1985, que "*el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional*, (referido al art. 20) *no es sino una concreción del derecho –también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones*". En contra de esta opinión, se manifestó el magistrado RUBIO LLORENTE, que mediante voto particular a dicha Sentencia concluyó que esas libertades de expresión y creación, constituyen "*derechos autónomos*" y distintos.

Teniendo en cuenta todas estas opiniones, parece extraño que el legislador se hubiese tomado tantas molestias para regular el derecho de creación y producción culturales de manera expresa y diferenciada al de la libertad de expresión, si se tratase del mismo derecho. Por otra parte, dada la especificidad de su objeto y soportes utilizados para su ejercicio, así como por su función social y finalidad cultural, presenta una configuración especial en relación a sus titulares, contenido y límites, como se verá, por lo que ha de ser tratado de manera específica y autónoma.

3. Naturaleza jurídica

En el artículo 20 de la Constitución se utilizan indistintamente los términos "*derechos*" y "*libertades*". En los apartados primero y segundo se

reconocen y protegen derechos, los cuales no pueden ser restringidos mediante ningún tipo de censura previa; Sin embargo, cuando se refiere a los límites en el apartado cuarto, habla de libertades.

En relación con esto, aclara SÁNCHEZ FERRIZ que "derechos" y "libertades" son dos términos distintos que describen una misma realidad, pero desde perspectivas distintas y complementarias y que mientras el término "derecho" califica facultades concretas del individuo, la subjetivación del elemento jurídico y, en particular, la capacidad procesal para proveer a su defensa, en el de "libertad" hay una referencia más directa al ámbito o contenido de la actuación del hombre.[71] En cualquier caso, si como indica, la libertad es un derecho y todo derecho implica libertad a la hora de ejercitarlo, no parece que vaya a tener grandes consecuencias el uso de uno u otro término.[72]

El grupo de los derechos constitucionales más fuertemente protegidos, regulados en la Sección 1ª, Capítulo Segundo, Título I de la CE, "*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*", contiene, como el mismo indica, todo tipo de derechos y libertades públicas, entre los cuales, el de libertad de creación y producción literaria, artística, científica y técnica regulado en el artículo 20.1 b) CE.

[71] SÁNCHEZ FERRIZ, R., Estudio sobre las libertades, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 41-42.

[72] Aunque la doctrina francesa no precisa conceptualmente las libertades públicas, defiende que no han de confundirse éstas con los derechos en general. Analizando las aportaciones realizadas por distintos autores, como Soulier, Burdeau o Madiot, concluye SÁNCHEZ FERRIZ que son nociones distintas, pero si toda libertad pública es un derecho del hombre y no existe un criterio claro para determinar qué derechos pueden ser considerados libertades públicas, parece que en la práctica no tiene mayor relevancia el uso de uno u otro término. Para mayor detalle, véase SÁNCHEZ FERRIZ, R, Estudio sobre las libertades, op. cit. pp. 218 y ss.

Esta libertad es una actividad libre del individuo que, como hemos visto, posee una importante dimensión social, en virtud de la cual las personas poseen diversas facultades que pueden hacer valer frente a los poderes públicos, ya sea para imponerles su no intromisión o bien para exigirles determinadas actuaciones. Se diferencia de otras libertades fundamentales en la función social que desempeña y la necesidad de contacto con la sociedad y en su aspecto intelectual, que será lo que las diferencie de las libertades económicas, por ejemplo.[73]

Una vez analizado el iter parlamentario de dicho precepto y de interpretar el apartado 1 b), dentro del conjunto del artículo 20, PRIETO concluye que la libertad de creación y producción artística es un "*auténtico derecho de libertad*".[74]

Por lo que respecta al primero, el Anteproyecto de la Constitución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes (BOC) de 5 de enero de 1978, reconocía la libertad de cátedra, de creación artística y de investigación científica, y garantizaba la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica, en los apartados segundo y tercero del artículo 20.[75]

[73] Son muchas las clasificaciones que se pueden hacer de los derechos fundamentales. Entre ellas, la que los distingue en individuales y colectivos (en función del sujeto), en libertades-autonomía, libertades-participación y derechos de prestación (por el criterio jurídico-funcional) y en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (por su contenido temático) como así hace PRIETO DE PEDRO, en Cultura, culturas y Constitución, op.cit. p. 202.

[74] Ibídem, pp. 227-228.

[75] Para algunos autores, como OLLERO TASSARA, en "Derechos de autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate", Poder Judicial, nº11, 1988, p. 51, entre los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica estaban comprendidos los derechos de autor.

Fue en el Informe de la Ponencia Constitucional del Congreso, en el que se integran en un único precepto el párrafo segundo del artículo 20 del Anteproyecto y el reconocimiento de la libertad de creación artística del párrafo tercero, momento en el cual es omitida la palabra "libertad".[76]

De esta manera, llegamos al reconocimiento y protección de los derechos a la producción y creación literaria, artística y científica en el artículo 19.1 b), que pasará a ser el artículo 20.1 b) de la Constitución tras el Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado.[77]

Pese a su falta de calificación expresa como derecho de libertad, no le queda ninguna duda a PRIETO de que funciona como una libertad-autonomía puesto que, los demás derechos recogidos en el apartado 1º, esto es, libertad de expresión, de cátedra y de información, poseen también dicha naturaleza y, por otra parte, como ya hemos señalado,

[76] En la redacción del artículo 20 del Anteproyecto de la Constitución quedaba establecido:

2. "Se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica".

3. "Se reconoce la libertad de cátedra, de creación artística y de investigación científica".

Posteriormente, el Informe de la Ponencia Constitucional del Congreso los recoge de la siguiente manera en el artículo 19:

1. "Se reconocen y protegen los derechos:

b) a la producción y creación literaria, artística y científica".

[77] PLAZA PENADÉS, J., en "El derecho de autor y su protección en el art. 20.1.b) de la Constitución", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, es de la opinión de que esos cambios de redacción vienen motivados por un deseo del constituyente de agrupar todas las libertades relacionadas con la libertad de expresión en un único artículo, de manera que ha de estarse a lo dispuesto en el art. 20.2 del Anteproyecto de la Constitución para deducir el contenido de la libertad de producción y creación cultural.

cuando en el apartado 4º fija los límites, se refiere a todos ellos como "libertades".[78]

Indicábamos en el capítulo anterior que en un Estado de cultura los procesos de creación y comunicación han de ser libres y que para poder alcanzar esa libertad precisan que los poderes públicos respeten su autonomía, absteniéndose de intervenir en el contenido de la libertad y en su proceso de comunicación y evitando imponer criterios que vayan encaminados hacia la imposición de una "cultura de estado". Pero esta abstención no es suficiente, porque como pudimos observar también, es necesario completar con acciones positivas del Estado, que ha de adoptar las medidas que sean necesarias para que esa libertad sea real. Constituye, de esta manera, un derecho de prestación, ya que "*supone una prestación positiva del Estado en favor de los ciudadanos, a los que se trata de asegurar un nivel mínimo de "libertades reales" que les asegure las posibilidades de existir y de desarrollarse libremente en la sociedad*".[79]

ÁLVAREZ CONDE, engloba los derechos fundamentales del art. 20.1 CE bajo la denominación de "*derecho a una comunicación pública libre*" fundamentándolo en la STC de 16 de marzo de 1981 en la que se ha establecido que "*el art. 20 de la Constitución, en sus distintos*

[78] Artículo 20.4 CE: "*Estas libertades* (referidas a las del apartado 20.1) *tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título*…"

[79] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón]; *Curso de Derecho Administrativo,* 2 Tomos, Tomo I: decimoquinta edición, 2011, Tomo II: duodécima edición, 2011, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, p. 59

apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1, apartado dos de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política".[80]

Añade el TC que "*la preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder* (art. 20, apartados 2 y 5), *pero también una especial consideración a los medios que aseguren la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente le sirven*". Son derechos de participación pero mantienen su consideración de derechos fundamentales de libertad.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que ya no podemos encuadrar a los derechos fundamentales, únicamente, como libertades-autonomía, libertades-participación o derechos-prestación, puesto que todos ellos están relacionados y presentes en el ejercicio de estos derechos y, concretamente, en el del artículo 20.1 b) CE. La libertad de creación cultural no es posible sin una actividad positiva del estado dirigida a su promoción y defensa. Se trata, sin embargo, de actividades

[80] ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional,* Volumen I, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 2008, pp.460 y ss.

esencialmente individuales y libres, únicamente condicionadas por la voluntad y el talento creador de su autor, sin que quepa intervención o control público alguno sobre sus contenidos.

La jurisprudencia, en relación a la libertad de expresión e información, ha ido experimentando una evolución, en la que destacan dos aspectos que corroboran lo que anteriormente hemos expuesto y que serán de utilidad a la hora de analizar los límites del derecho de creación. En primer lugar, su carácter de derechos de libertad y/o derechos de prestación y en segundo lugar, su condición de libertades preferentes, sobre lo que profundizaremos en ulteriores apartados.

En la STC 6/1981 de 16 marzo, el TC proclama su condición de "*derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos*" y apunta el problema del posible carácter prestacional de los mismos, según lo establecido en el art. 20.3 CE y, principalmente, su condición de derechos destinados a la garantía de la opinión pública libre, tendiendo "*a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político y que requiere, en este campo concreto, la adscripción de medidas correctoras de la desigualdad* (…) *lo que puede conseguirse mediante el uso ordenado de los medios de comunicación social del Estado*".

En virtud del artículo 20.3 CE, "*La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará 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".

Por su parte, en la STC 12/1982, de 31 de marzo (caso Antena 3) se afirma que estamos en presencia de un derecho de libertad, lo que "*básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación*" y añade que significa también "*el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre*".

4. Elementos del derecho de libertad de producción y creación artística.

4.1. Contenido.

Ni doctrina ni jurisprudencia han establecido de manera expresa el contenido esencial del derecho de producción y creación artística y por este motivo es necesario acudir al Derecho Privado, en el que se ha analizado el artículo 20.1.b) para tratar de identificar, dentro del mismo, la base constitucional del derecho de autor, que incluye todas las potestades

de las que es titular el autor sobre su creación. El conflicto se planteó a la hora de establecer si con el referido artículo se tutela únicamente la libertad para crear y producir o si se incluyen además los derechos de autor sobre la obra creada.

4.1.1. Reconocimiento constitucional de los derechos de autor a través del art. 20.1 b) CE

El estudio del proceso parlamentario llevado a cabo para aprobar el precepto, ha sido utilizado como fundamento para la defensa de las distintas opiniones doctrinales relativas a la constitucionalización de los derechos de autor y aporta información relativa al contenido del derecho de libertad de producción y creación culturales.

Un instrumento importante para ayudar a resolver la cuestión del reconocimiento constitucional del derecho de autor a través del artículo 20.1 b) de la Constitución son los Tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos humanos, que de conformidad con el art. 10.2 de la Carta Magna, sirven para interpretar los preceptos constitucionales relacionados con los derechos fundamentales.[81] Asimismo, los Tratados internacionales que, de conformidad con los artículos 96 de la

[81] Artículo 10.2 CE: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Constitución y 1.5 del Código Civil, pasen a formar parte del ordenamiento estatal una vez suscritos y ratificados por España.

Entre los primeros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que protege la difusión de las obras intelectuales desde el punto de vista de los derechos del autor que crea y difunde después su obra, así como desde el del derecho de los ciudadanos a acceder a la cultura.[82] De contenido muy similar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo recogerá en el artículo 15.[83]

En cuanto a los Tratados Internacionales suscritos por España, relativos a los derechos de autor, figuran el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, mediante el que se lleva a cabo la unificación de la protección concedida en los diferentes ordenamientos estatales a los derechos que surgen con la creación de obras intelectuales y que fue modificado en Roma en el año 1928, momento en que se incluyen los aspectos no patrimoniales del derecho de autor. En virtud de la actualización llevada a cabo en el año 1979, el

[82] El artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace mención a los derechos de los creadores de obras intelectuales, afirmando que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. El apartado primero destaca la función social de esas obras al señalar que toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

[83] Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
   a) Participar en la vida cultural;
   b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
   c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

autor conservará, además de los derechos de explotación de la obra, el derecho a reivindicar su paternidad y de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

En la Convención Universal sobre derechos de autor de Ginebra del año 1952, revisada en París en 1971, sólo se hace referencia a los aspectos patrimoniales de estos derechos, mencionando indirectamente los no patrimoniales.

Finalmente, el Convenio de Estocolmo de 1967, mediante el cual se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que ha definido la obra artística como una creación cuya finalidad es apelar el sentimiento estético de la persona que la contempla. En el marco de esta organización se aprobarían dos Tratados Internacionales que entraron en vigor en el año 2002. Por una parte, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de autor, para la tutela de los autores de obras artísticas y literarias y por otra parte, el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, para la protección de algunos de los derechos conexos del autor, con los que se garantiza a los titulares de los derechos que figuran en su articulado que serán protegidos de manera eficaz cuando sus creaciones sean divulgadas a través de internet. [84]

[84] Tratados adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

En cuanto al derecho de autor en el Derecho de la Unión Europea, el Tratado constitutivo de la Unión Europea no realiza ninguna mención al respecto, pero hay autores que entienden que se pueden relacionar una serie de preceptos del texto con este derecho.[85] Fueron aprobados también diversos "Libros Verdes" sobre los derechos de autor y otras cuestiones[86] así como una serie de Directivas por las que fue necesario modificar la legislación estatal.[87]

Por último, fue aprobada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, posee valor jurídico vinculante.

En el ordenamiento español, antes de la aprobación de la vigente ley de propiedad intelectual, la legislación española sólo regulaba algunos aspectos del derecho moral de autor, repartidos en distintas normas. Con

[85]MINTEGUÍA ARREGUI, Igor, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, [LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (Director)], Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, S.L., Madrid, 2006, p. 43. Señala como preceptos del Tratado Constitutivo de la Unión Europea que algunos autores entienden relacionados con el derecho de autor, el 295, relativo a la propiedad privada; los artículos 81 y 82, sobre competencia y el artículo 30, que permite prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de mercancías en función de la protección de la propiedad comercial.

[86]*Libro verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología,* aprobado en 1988; *Libro verde sobre Derechos de autor y desafío tecnológico*, presentado en 1995; *Comunicación sobre Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, publicada en 1996.

[87] Directiva 89/552/CEE, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; Directiva 91/250/CEE, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. (2009/24/CE); Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.(2006/115/CE); Directiva 93/83/CEE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable; Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. (2006/116/CE); Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de la base de datos; Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad en la información.

la aprobación de la ley pasan a tutelarse los derechos de autor tanto de carácter personal como patrimonial, con el fin de proteger la relación "especial" que surge entre aquél y su obra, al constituir ésta una manifestación de su personalidad.

Que los derechos de autor incluyen elementos patrimoniales y elementos morales lo tienen claro tanto la doctrina como el legislador.[88] La controversia surge a la hora de determinar su naturaleza jurídica, tanto por la pluralidad de elementos incluidos en el contenido del derecho y su relación entre ellos, por la especialidad de su objeto, al que podría considerarse inmaterial, por el especial vínculo personal entre el autor y su obra o por la función especial que desempeñan las obras intelectuales en la sociedad actual, al servir como instrumentos para enriquecer la vida intelectual de los ciudadanos y hacen posible el derecho al libre acceso a la cultura reconocido en el art. 44 CE.

Una vez decidido por el legislador defender los derechos del autor sobre su obra, aunque sólo durante un periodo de tiempo determinado, como veremos más adelante, debido a la señalada función social que cumple, surgió la controversia de determinar su contenido.[89] La mayoría

[88] Art. 2 TRLPI relativo al contenido de los derechos de autor: "*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial*…"

[89] Tal y como señala CARBALLEIRA RIVERA, T., en "La protección de los bienes culturales en el ámbito español y europeo", en Boletín CEDE-USC, abril 2013, la creación artística y cultural supone un duelo de intereses público-privado. Por una parte, existe el interés general de la sociedad sobre la creación, de disfrute de la misma y enriquecimiento cultural y, por otro, el derecho del autor a mantener la propiedad de sus creaciones y beneficiarse de esa condición de privacidad. El conflicto quedó resuelto con el reconocimiento de los derechos de autor y su configuración como un derecho de propiedad limitada.

de los ordenamientos optaron por incluir ambos aspectos, morales y patrimoniales, planteándose el problema, ahora, de si se trata un derecho unitario con facultades de distinto signo o la suma de derechos de diferente carácter que pueden ser tratados de manera independiente. El legislador español no aclara este punto.

La falta de referencia expresa al derecho de autor en el Título I CE ha llevado a la doctrina a buscar su fundamento constitucional. Existen posturas contrarias a su reconocimiento a través del artículo 20.1 b) CE, posturas favorables que incluyen los derechos morales y patrimoniales, posturas favorables que incluyen únicamente los derechos morales y otras posturas incluidas en alguna de éstas pero con matices. Analicemos por separado cada una de ellas.

a) Argumentos en contra del reconocimiento de los derechos de autor en el artículo 20.1 b) CE

Los partidarios del no reconocimiento constitucional del derecho de autor a través del artículo 20.1.b) CE consideran que este artículo sólo reconoce el derecho a crear y producir en libertad y que los derechos del autor sobre la obra quedarían amparados por el artículo 33 CE, relativo a la propiedad privada.

Rechazan la posibilidad de configurar la propiedad intelectual o derechos de autor como un derecho fundamental, que sería lo que ocurriría si se incluyesen en el art. 20.1 CE, ya que esto supondría que la propiedad privada sobre bienes materiales tendría un nivel de protección

menor que la propiedad intelectual, entendida ésta como una propiedad especial en virtud del carácter inmaterial de su objeto.

En torno a este argumento, y frente a los que defienden que sólo se reconoce en el art. 20.1 el aspecto moral del derecho de autor, algunos autores consideran que el derecho de autor tiene un carácter unitario y no se puede desdoblar, por lo que de reconocerse en un único precepto habría de hacerse en el art. 33 CE, señalado previamente.[90]

Por otra parte, interpretando literalmente el artículo 20.1.b), concluyen que la pretensión del artículo es conseguir un contexto de libertad adecuado que permita expresar ideas y pensamientos sin ningún tipo de límite previo, o en el caso de este apartado b), proteger la posibilidad de ser autor y la facultad para crear. El resultado del ejercicio de esta libertad sería la obra artística o literaria, en torno a la que surgen ese otro tipo de derechos, denominados derechos de autor, que quedarían al margen del precepto.

Consideran, además, que si el legislador hubiese querido incluir la propiedad intelectual en el art. 20.1.b) lo hubiese hecho expresamente, como así hizo en el art. 149.1.9º CE respecto a las competencias exclusivas del Estado para legislar sobre propiedad intelectual e industrial

[90] Así lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en "Comentario al artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual" en AA.VV., Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)], Tecnos, Madrid, 1989, cit., p. 23

y que, de incluir el derecho de autor en el art. 20.1 b) CE, la Ley de Propiedad Intelectual tendría que ser Ley Orgánica y no ley ordinaria.

Profundizando en la naturaleza jurídica del derecho de autor, algunos autores estiman que la libertad de creación y producción cumple todos los requisitos para ser considerada un derecho de la personalidad, mientras que el derecho de autor no se adapta a las características inherentes a este tipo de derechos[91] puesto que no es un derecho esencial de la persona, sino que nace de ella y tiene el alcance y protección que cada sistema jurídico quiera señalar. Además, todas las facultades del derecho de autor, incluso las morales, pueden ser ejercitadas por terceros, contrariamente a lo que ocurre con los derechos de la personalidad.[92]

LACRUZ BERDEJO sí defiende el carácter personal de la propiedad intelectual porque los derechos de autor sobre la creación no son una *connotación del individuo, sino una exteriorización de su pensamiento*, de manera que, si se atenta contra ellos, podrían invocarse

[91] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Derechos de autor y destrucción de la obra plástica", Anuario de Derecho Civil, 1986, cit., p. 254.

[92] STS de 9 dic. de 1985. Esta sentencia establece que el derecho moral de autor, si bien es aceptado como definidor de la personalidad del autor, no puede considerarse un derecho de la personalidad porque carece de la nota de indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto no toda persona es autor. [Considerando 3º]

Lo que ocurre con esta sentencia es que fue dictada antes de la aprobación de la nueva ley de propiedad intelectual, por lo que no tiene en cuenta las novedades que la ley aportó después. Establece también esta sentencia, en el Considerando 3º, que lo único que reconoce el art. 20.1 b) es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas.

los preceptos relativos a la defensa de la persona, sobre todo los que tutelan el derecho al honor y a la propia identidad.[93]

b) Argumentos a favor del reconocimiento de los derechos morales y patrimoniales del autor en el artículo 20.1 b) CE

Una segunda corriente defiende que el artículo 20.1 b) CE protege la libertad para crear obras artísticas y literarias, así como los derechos, tanto morales como patrimoniales, que surgen sobre la creación.

El primer argumento empleado para justificar esta postura es el iter parlamentario seguido para la aprobación del texto definitivo del precepto, en lo que se refiere a la alusión en el Anteproyecto de la Constitución a la protección de los derechos inherentes a la creación literaria, artística y científica, entre los cuales, los derechos de autor.

En segundo lugar, interpretando el art. 20.1 b) CE de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, se aprecia que tanto ésta, en su art. 27.2, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 15.1 c), reconocen el derecho de autor como derecho fundamental, independiente del reconocimiento de la libertad de expresión e información.

[93] LACRUZ BERDEJO, J.L., "Comentario al artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual" en AA.VV., Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)], Tecnos, Madrid, 1989, cit., p.37

Para garantizar la calificación del derecho de autor como derecho fundamental, podrían incluirse los derechos de carácter moral del autor en el marco de la protección concedida al honor en el art. 18 CE,[94] pero este sector doctrinal alega que, aunque la esencia del derecho moral radica en el hecho de ser persona y no en el de ser autor, en el caso de que se atente contra la reputación de la persona en relación con su creación artística, su tutela se deberá llevar a cabo al amparo del art. 20.1 b), por el principio de especialidad. Por otra parte, los derechos de autor sobre creaciones intelectuales son calificados como derechos fundamentales en otros textos constitucionales, tales como la constitución portuguesa, siendo esa la línea que sigue el ordenamiento español.

En su Sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Sala de lo Civil, caso "*Pablo Serrano*", el Tribunal Supremo afirma que el derecho de autor no es un derecho de la personalidad, pero los defensores de esta posición doctrinal consideran que esto no es causa suficiente para rechazar el carácter fundamental del derecho, puesto que toda persona puede ser considerada autora en algún momento de su vida, con independencia del valor cultural, estético o intelectual de la obra.

LATORRE LATORRE defiende el carácter personal del derecho de autor, porque las facultades morales que lo integran conllevan que la

[94] Art. 18 CE: "1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

creación intelectual se convierte en una prolongación de la personalidad del propio autor.[95]

Por el contrario, RODRÍGUEZ TAPIA opina que este derecho no tiene carácter de derecho de la personalidad porque no es de aplicación a todas las personas, aunque sí defiende su carácter de derecho fundamental como "*derecho resultante de intereses individuales y colectivos, corolario de la protección del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona*".[96]

Frente a la referida Sentencia, utilizada por los que están en contra de la protección del derecho de autor a través del artículo 20.1 b) CE, hay otras sentencias a través de las cuales se puede defender el carácter fundamental de este derecho, e incluso el voto particular a la misma del magistrado Fernández Rodríguez, en el que defiende el reconocimiento de los derechos morales y patrimoniales del autor afirmando que el artículo 20.1 b) es una proyección del artículo 27.2 de la DUDH.[97]

Hay que señalar, que la línea del TS cambió en Sentencias posteriores y así, en la sentencia del TS, de la Sala de lo Contencioso

[95] LATORRE LATORRE, V., La protección penal del derecho de autor, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, cit., p. 76

[96] RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1978", Anuario de Derecho Civil, enero-marzo, 1998 cit., pp. 259-260.

[97] Voto particular del Magistrado Fernández Rodríguez, Fundamento Tercero, STS de 9 de diciembre de 1985: "*… reconocimiento de vulneración con ese comportamiento del derecho a la creación artística que específicamente reconoce el epígrafe b), del apartado 1, del artículo 20 de la Constitución Española" (…) "en tendencia no sólo a reconocer y proteger el derecho de libertad respecto a toda injerencia en el proceso intelectual que concluye en una objetivación literaria, artística, científica o técnica y en la difusión de ésta, sino constitucionalizando el núcleo esencial del derecho del autor a la protección de sus intereses morales y materiales…*"

Administrativo, de 5 de junio de 1987, se admite que, dentro de la esfera del art. 20.1 b), se encuentran derechos que integran el derecho de autor, tales como el derecho a preservar la autoría sobre la obra, del art. 14.3 TRLPI, o el derecho a la integridad de la obra, del art. 14.4 TRLPI.

Tomando como base la STC 153/1985, de 7 de diciembre, en donde se relacionan las libertades de expresión y creación, el sector doctrinal que defiende el reconocimiento del derecho de autor a través del art. 20.1 b) obtiene varias conclusiones.

En primer lugar, que para poder culminar el proceso de comunicación pública del mensaje incluido en la obra intelectual y garantizar los intereses del autor sobre la creación y el derecho de los ciudadanos a acceder libremente a la cultura, es necesario proteger tanto la libertad para crear como la propia creación, puesto que los derechos del art. 20 CE suponen un contacto entre el emisor, que es el creador de la obra, y el receptor, que es el público en general.[98]

Teniendo en cuenta, además, que los derechos anteriores y posteriores a la creación son inseparables a ésta, el ordenamiento ha de concederles una protección unitaria, de ahí que se protejan también las creaciones en su fase de elaboración, como se aprecia en el art. 10 TRLPI, que incluye como "obra" los ensayos y bocetos.

[98]Afirma el TC en esta Sentencia que la libertad de creación y producción artística es una concreción de la libertad de expresión y que por dicho motivo debería protegerse no sólo el proceso creativo sino también la comunicación pública de esa creación.

Aunque la relación entre ambas libertades constituya uno de los fundamentos principales para defender la constitucionalización del derecho de autor a través del art. 20.1 b), no podemos olvidar que existen diferencias entre ellas que justifican la existencia autónoma del derecho a la libre creación, por el que se reconoce la libertad para expresarse de un modo concreto y se protege el derecho a ser reconocido como autor de la creación, con sus consecuencias morales y patrimoniales.[99]

En torno a esa relación, PLAZA PENADÉS,[100] entre otros, opina que de no incluirse las facultades de autor sobre su obra en el ámbito de tutela de la libertad de producción y creación, la prohibición de censura previa no tendría sentido en relación con este derecho, puesto que la censura se proyecta sobre la obra terminada o sobre el proceso de materialización de la idea del autor, no sobre la mera facultad de crear.[101]

RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN parten de la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 de la Constitución, para exponer sus argumentos. Esta libertad puede ser limitada para promover el progreso de la cultura y favorecer el acceso a ella de todos los ciudadanos, por lo que existe una relación entre esos límites y los derechos de autor. Al constituirse la propiedad intelectual como un límite explícito de la libertad

[99]BONDÍA ROMÁN, F., Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987) Trivium, Madrid, 1988, pp. 104-105

[100] PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 269-270.

[101] Fundamenta esta idea en la STC 52/1983, de 17 junio, que establece que por censura previa se debe entender cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu (fundamento jurídico 5º)

de empresa, ha de ser reconocida en un precepto de mayor rango constitucional, como el art. 20.1 b) CE.[102]

Este sector defiende también, la necesidad de rango de ley orgánica para la LPI, al venir regulada la propiedad intelectual como derecho fundamental.

c) Argumentos a favor del reconocimiento de los derechos morales de autor en el artículo 20.1.b) CE y de los derechos patrimoniales de autor en el artículo 33 CE.

Los argumentos de defensa de estas posturas parten de una teoría dualista por la que el derecho de autor está formado por derechos de distinto carácter que pueden ser tratados y regulados de manera independiente, es decir, por derechos morales y derechos patrimoniales.

Consideran los autores que defienden esta opción que no es posible proteger el derecho de autor en su totalidad a través del artículo 33 CE, porque los derechos morales son ajenos a los de propiedad privada. Los textos internacionales no exigen el reconocimiento de los derechos patrimoniales del autor como derechos fundamentales, sólo los morales y ello porque una de las características de los derechos fundamentales es su inalienabilidad y su falta de contenido patrimonial; son derechos de carácter personal. Las facultades morales del derecho de autor son consideradas derechos personales, frente a las

[102]RODRÍGUEZ TAPIA, J.M; BONDÍA ROMÁN, F., "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual", Editorial Civitas, Madrid, 1997, p.19.

patrimoniales que son derechos que el autor puede ceder y a los que puede renunciar.[103]

Admiten la incoherencia del rango de ley ordinaria de la LPI y solicitan otorgar el rango de ley orgánica, por lo menos en lo relativo a los derechos morales de autor.[104]

PLAZA PENADÉS afirma que no es necesario que sea ley orgánica, puesto que para que una ley tenga ese carácter no es suficiente con que la norma se refiera a un derecho de carácter fundamental, sino que deberá desarrollar directamente sus elementos básicos y esenciales. La LPI sólo desarrolla directamente una pequeña parte del derecho, por lo que no es conveniente darle ese rango.

El propio PLAZA PENADÉS únicamente reconoce, en el art. 20.1 b) CE, algunos derechos morales de autor. Otros, por no ser innatos o inherentes al autor o por facilitar la explotación de la obra quedan, a su juicio, excluidos.[105]

d) Otras posturas.

Hay autores que no comparten en su totalidad ninguna de las posturas anteriores.

Para MINTEGUIA ARREGUI, los derechos del art. 20.1 CE consagran el derecho a la creación, emisión y recepción de productos

[103] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura…, op. cit., pp. 193-194
[104] Ibídem, p.193
[105] PLAZA PENADÉS, J., El derecho de autor… op. cit., pp. 272-273

intelectuales.[106] En todos ellos se ampara la exteriorización del pensamiento, ideas, opiniones o información y es esa divulgación pública la que se constituye como el aspecto fundamental a tutelar por el ordenamiento jurídico por la especial función que cumple. Los derechos fundamentales del art. 20 son los instrumentos que permiten alcanzar el fin social, que es la creación de la opinión. Por este motivo, la protección de la libertad de producción y creación artística, regulada en el art. 20.1 b) CE, ha de extenderse también al proceso comunicativo una vez finalizada la fase creativa, puesto que cumple una función social específica. Protegiendo la libertad del autor y de la difusión de la obra intelectual se posibilita el enriquecimiento cultural de la sociedad en general y la difusión de las obras intelectuales en libertad es un instrumento esencial para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la cultura, que ha de ser promovido y tutelado por los poderes públicos.[107]

En cuanto al contenido de este derecho, han de tutelarse sólo los derechos del autor que sean fundamentales para que la divulgación pública de la obra pueda cumplir la función social.

Para MINTEGUIA, el art. 20.1 b) sólo tutelará las facultades del derecho de autor que puedan considerarse instrumentales para que la obra intelectual pueda ser conocida en su integridad por una pluralidad de sujetos. Recuerda que la relación entre el derecho de todos los

[106]MINTEGUIA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, [LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (Director)], Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, S.L., Madrid, 2006, p. 95.
[107] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. p. 280

ciudadanos a disfrutar de la cultura y los derechos del autor también se establece en el artículo 27 de la DUDH, en cuyo primer párrafo se garantiza el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a gozar de las artes, mientras el segundo proclama el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones (…) literarias o artísticas de que sea autora.

El resto de elementos que queden al margen de esta protección pueden llegar incluso a constituirse en obstáculo para que la sociedad pueda disfrutar libremente de las distintas expresiones artísticas. Concluye MINTEGUIA que el propio carácter instrumental de este derecho fundamental podrá erigirse tanto en garantía como en límite de las distintas facultades del autor, con respecto a su creación intelectual.

El carácter temporal de los derechos patrimoniales del autor es un ejemplo de la restricción del derecho de autor para tutelar el derecho de todos los ciudadanos de acceder a la cultura, o el art. 40 LPI por el cual, en el caso de que los herederos del autor ejerciesen el derecho a no divulgar la obra, vulnerando el art. 44, los órganos judiciales podrían ordenar las medidas adecuadas para facilitar su publicación.

Por el contrario, el art. 44 puede constituirse como garante del derecho de autor en su aspecto personal, al establecer que los poderes públicos deben estimular la actividad creativa, amparando tanto la libertad del autor durante el proceso creativo como la libertad para la difusión

pública de la obra tal y como fue proyectada por el autor. Esta protección se hará desde la perspectiva de la función social del proceso creativo y de difusión de la obra.

La promoción de la actividad artística y la garantía de la difusión de la obra según fue concebida por el autor, es decir, sin censura, garantizan una mayor riqueza cultural que permitirá que todos los ciudadanos tengan acceso a una pluralidad de expresiones artísticas y literarias.

De esta manera, la relación entre el art. 44 y el derecho de autor tiene un doble carácter contradictorio: por una parte, el monopolio de explotación de algunas prerrogativas del derecho de autor puede ser un obstáculo para el acceso a la cultura de todos los ciudadanos y por otra, el derecho de autor estimula la creación cultural y ampara la difusión pública de la obra en su integridad.

Por todo ello concluye que serán tutelados como elementos del derecho fundamental de libertad de producción y creación artística del art. 20.1 b) CE, todos aquellos componentes del derecho de autor que puedan constituirse en instrumento efectivo para la consecución de la función social que cumple la divulgación pública de las obras intelectuales. El resto de facultades integradas en ese derecho quedarán al margen de esta protección e incluso, en ocasiones, su ejercicio podrá ser limitado por ser considerado un obstáculo para la consecución del fin.

Excluye también los derechos patrimoniales del derecho de autor, por el carácter pecuniario de estas facultades, incompatible con la naturaleza de los derechos fundamentales, así como por la imposibilidad de considerarlas inherentes al autor, al poder renunciar a ellos o transmitirlos.

Únicamente podrán incluirse en la tutela del art. 20.1 b) las facultades morales del derecho de autor que sirvan para hacer posible el libre acceso a la cultura de los ciudadanos, consagrado como principio rector de la actividad social de los poderes públicos en el art. 44.

Los derechos morales de autor incluidos son los que permiten a los ciudadanos poder conocer íntegramente las obras artísticas o literarias tal y como fueron concebidas por el autor y la paternidad de la creación y no para defender los intereses del autor, sino la función social que cumplen las obras artísticas y literarias.

La protección de una serie de prerrogativas, como la titularidad del autor de la obra, se convierte en instrumento para facilitar el trabajo creativo en libertad y poder dar a conocer el fruto de esa actividad en su integridad, enriqueciendo la vida cultural de la sociedad y facilitando el acceso de todos los ciudadanos a las distintas manifestaciones artísticas.

Por el contrario, MARTÍNEZ SOSPEDRA, afirma que mientras la libertad de expresión cumple un papel institucional en la configuración del estado constitucional democrático, la libertad de expresión artística en

una manifestación de la personalidad del autor. El objeto de tutela no sería el desarrollo del mundo del arte sino la protección del proceso de creación como expresión de la personalidad del autor de ahí que los derechos morales de autor se encuentren reconocidos en el art. 20.1b).[108]

Continúa MINTEGUIA diciendo que los derechos morales de autor que no estuviesen reconocidos aquí por no poseer ese carácter instrumental podrían ser protegidos a través del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen del art. 18 CE, toda vez que los ataques contra una obra intelectual, considerada una extensión de la personalidad del autor, suponen un agravio al honor de la persona. La protección del derecho al honor permitirá garantizar la creación y divulgación pública de las obras intelectuales desde el aspecto activo del proceso, es decir, se está amparando la figura del autor. Con el derecho a la libertad de producción y creación artística y literaria se tutelará la divulgación pública de las obras desde la perspectiva de los intereses del sujeto pasivo de la actividad, que son los ciudadanos, cuyo derecho al libre acceso a la cultura podrá ser amparado a través de la difusión pública de las creaciones intelectuales en su integridad.

Así, los derechos morales podrán ser considerados una manifestación de la protección que concede nuestro ordenamiento al derecho al honor del autor pero el art. 20.1 b) CE sólo engloba aquellos

[108]MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., Libertades Públicas. Vol. I, Fundación Universitaria San Pablo Ceu, Valencia, 1993, pp. 250-251

derechos morales de autor que favorezcan la función social que cumplen las creaciones intelectuales cuando son divulgadas públicamente.

Admite sin embargo que es posible que la motivación del constituyente respecto al art. 20.1 b), atendiendo al iter parlamentario, fuese la de garantizar la tutela del derecho de autor como derecho fundamental.

En cuanto al rango normativo de la LPI sigue la opinión de PLAZA PENADÉS, considerando que al regular sólo algunos aspectos integrantes de un derecho fundamental no debe tener calificación de ley orgánica. Con este autor coincide también en la defensa del carácter fundamental de algunos de los aspectos integrantes de los derechos morales de autor pero PLAZA PENADÉS no basa su posición en el carácter instrumental de esas facultades personales, sino que excluye los derechos morales que no puedan ser considerados innatos o inherentes al autor así como los que tienen como finalidad la explotación económica de la obra.[109] En términos parecidos se manifiesta MARCOS VAQUER, que entiende que los derechos morales, verdaderos derechos irrenunciables e inalienables, son tutelados constitucionalmente por el art. 20.1 b), pues sin ellos la libertad de producción y creación artística y literaria no sería real ni efectiva.[110]

[109] PLAZA PENADÉS, J.,*El derecho de autor*…op.cit. pp. 270 y ss.
[110] VAQUER CABALLERÍA, M., *Estado y Cultura,* op.cit. pp. 193-194

e) Conclusiones.

El artículo 20.1 b) CE recoge no sólo el derecho a crear en libertad sino también aquellos derechos de autor que favorezcan la consecución del fin social. Si no estuviesen incluidos también los derechos de autor en la libertad de creación artística, no tendría sentido la prohibición de censura previa regulada en el apartado segundo del mismo precepto, puesto que no cabe censura sobre la libertad de crear, sino que ésta se proyecta sobre la obra terminada o sobre el proceso de materialización de la idea del autor, en el momento de la comunicación pública.

Entre los derechos de autor se distinguen derechos morales y derechos patrimoniales que pueden ser tratados de manera independiente, siendo éste el motivo por el cual es posible afirmar que únicamente están reconocidos en este artículo los derechos morales, los que el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual caracteriza como irrenunciables e inalienables y que constituyen derechos de la personalidad y derechos fundamentales. Pero no todos los derechos morales del derecho de autor están reconocidos en este apartado b) del art. 20.1 CE, sino sólo aquellos que sean innatos o inherentes a aquél y que sean indispensables para que la comunicación pública de la obra pueda cumplir su función social, como acabamos de señalar. Los derechos morales no incluidos serán protegidos a través del derecho al honor del autor, regulado en el artículo 18 CE.

Los derechos patrimoniales del autor no pueden regularse en el artículo 20.1 b) debido a su carácter enajenable, por lo que serán recogidos en el artículo 33 CE, con los de propiedad privada. Los textos internacionales, además, no exigen el reconocimiento de estos derechos patrimoniales del autor como derechos fundamentales, sólo los morales, porque precisamente, una de las características de los derechos fundamentales es que son personales, inalienables y carecen de contenido patrimonial.

Por lo que respecta a la Ley de Propiedad Intelectual, no es necesario que ésta tenga rango de Ley Orgánica, puesto que sólo desarrolla directamente una parte del derecho fundamental, que es la relativa a los derechos de autor.

De esta manera se concluye que la libertad de creación y producción artística incluye el derecho a crear y producir obras artísticas en libertad y ciertos derechos morales de autor, incluido el derecho a divulgar públicamente las obras artísticas en libertad. Es lo que implica la autonomía de la libertad de creación, la libertad para expresarse de un modo concreto a través del arte, la literatura, etc… y el derecho a ser reconocido como autor de la creación, con sus consecuencias morales y patrimoniales.

Respecto al derecho a la libertad de expresión, aunque complementario y parcialmente coincidente con él, como hemos visto también, el derecho de libertad de producción y creación artística es un

derecho autónomo, aunque forma parte, junto con los otros incluidos en el artículo 20 CE, de un bloque que consagra el derecho a la creación, emisión y recepción de productos intelectuales, de ahí que no sólo ha de protegerse el proceso creativo sino también el de la comunicación pública. El derecho de libertad de creación es una proyección tanto de la libertad de expresión en general como de la libertad ideológica, pero debido a la peculiaridad de su objeto y su función social, presentan una configuración especial en lo que se refiere a sus titulares, contenido y límites.

Protegiendo esa libertad para crear y la creación misma, que será la que permita culminar el proceso de comunicación pública del mensaje contenido en la obra, se garantizarán los intereses del autor y los derechos de los ciudadanos de acceder a la cultura, que son los que la Constitución pretenden promover y tutelar a través del artículo 44. La relación de este artículo con los derechos de autor tiene un doble carácter. Algunas de las prerrogativas del derecho de autor pueden suponer un obstáculo para que los ciudadanos accedan a la cultura, como puede ser la decisión de que la obra sea divulgada o no, y por otra parte, el derecho de autor estimula la creación cultural y ampara la difusión pública de la obra en su integridad.

Ahora bien, el rasgo más importante y característico de este derecho es el referido fin social y finalidad cultural, que consiste en el enriquecimiento cultural de la sociedad entera, la cual tiene el derecho a recibir la cultura tal y como fue concebida por el autor.

4.1.2. Derecho a crear y producir obras artísticas en libertad.

El enunciado del apartado b) del artículo 20 de la Constitución recoge dos acciones distintas, como son las de crear y producir. Existen disparidad de opiniones respecto a si ambas actividades son utilizadas en un mismo sentido. De entrada, en el lenguaje no jurídico, "crear" y "producir" no significan la misma cosa y, siguiendo los criterios utilizados a la hora de resolver otras cuestiones, no parece probable que el legislador haya incluido dos términos diferentes para usarlos como equivalentes. No obstante, observemos los argumentos aportados por quienes opinan, como PLAZA PENADÉS, que son usados con el mismo significado.[111]

En primer lugar, el artículo 27.2 DUDH, mediante el que "*toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*", sólo concibe como derecho humano el de la protección de los intereses que se deriven de las obras de las que una persona sea autor, entendiendo por autor al creador de las mismas, no a los financiadores económicos. Ha de tenerse en cuenta que, en su redacción, se utiliza el término "producciones".

Por otra parte, el varias veces referido Anteproyecto de la Constitución, reconocía "*la libertad de creación artística*" y garantizaba la "*protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y*

[111] PLAZA PENADÉS, J., El derecho de autor… op. cit. pp. 279 y ss.

científica", de donde se puede deducir que se está usando el término "producción" en el sentido de "creación".

El mantenimiento de ambas expresiones, inicialmente usadas por separado, podría conducir, sin embargo, a la conclusión contraria, es decir, el hecho de incluir ambos términos dentro del mismo precepto podría llevarnos a pensar que poseen algún matiz que los diferencia.

Analizando sus significados, PRIETO apunta que "crear" supone "*generar nuevos valores culturales a través de signos sensibles aptos para la comunicación humana*";[112] RODRÍGUEZ TAPIA,[113] que la creación es el "*proceso mediante el que una persona obtiene algo tangible o perceptible a partir de la nada o de lo imperceptible*, *(…) a partir de ideas propias o ajenas*" y VAQUER, que creación consiste en la "*ideación y manifestación de una obra artística, literaria, científica o técnica.*"[114] Es éste último el que señala que, en muchos casos, para poder llevar a cabo la comunicación de la obra, es necesario transformar ésta en producto, es decir, incorporarla en un soporte que facilite su distribución y que ese proceso de transformación es el que se reconoce como producción en el artículo 20 de la Constitución, distinguiéndose de la actividad empresarial general, del artículo 33 CE, por el valor cultural que lleva implícito. Creación y producción constituyen, para este autor, conceptos distintos.

Ambas posturas poseen argumentos suficientes para justificar aquello que defienden, no obstante, considero que no son exactamente

[112] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas... op. cit. p. 237.
[113] RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.,"Comentarios a la Ley…" op. cit. p. 25
[114] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. p. 190

equivalentes, dejándose entrever, como indica VAQUER, una actividad empresarial cuyo objetivo es la consecución del fin perseguido por el derecho, reflejado en la expresión "producción".

4.1.3. Derecho a divulgar públicamente obras artísticas en libertad.

En el contenido del derecho de libertad de producción y creación artística no sólo está incluido el proceso de crear propiamente dicho, consistente en tener una idea y exteriorizarla, sino también la comunicación pública del resultado, que es donde radica el interés general de la creación cultural. Esto es así porque el fin último de la creación cultural es pasar a formar parte del patrimonio cultural general y eso no puede conseguirse si la obra no es comunicada a la sociedad.[115]

Hay como una doble vertiente; la del autor, que crea para que su obra sea divulgada y la de la sociedad, que tiene derecho a que la obra sea divulgada tal y como fue concebida por el autor y tener acceso a ella, incorporándola a la cultura y contribuyendo al libre desarrollo de la personalidad de los individuos que la conforman.

Para garantizar la referida función social del derecho de libertad que acabamos de señalar, que supone la incorporación de la creación

[115] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura… op. cit., p. 32: "*Lo que crea el hombre aislado, por sublime que sea, no puede llegar a formar parte de aquélla (de la cultura) si no es comunicado a los demás hombres*."

individual al patrimonio cultural de la sociedad, se protege junto al derecho de creación y producción, el derecho a divulgar públicamente las obras artísticas en libertad.

La protección de la libre divulgación de las obras intelectuales supone una conducta positiva de los poderes públicos y una abstención por parte de terceros, que pueden ser personas privadas o instituciones públicas, ya que la obra ha de ser protegida de todo tipo de censuras posteriores a su finalización, haciendo posible que pueda ser conocida por terceros tal y como fue concebida por el autor.

4.2. Sujetos.

Potencialmente, cualquier persona puede ser sujeto activo de este derecho, pero en la práctica, sólo estarán tutelados por el art. 20.1.b) los que lleven a cabo una labor creativa, es decir, los que puedan ser considerados autores de una obra intelectual, exteriorizada en un suporte material, con independencia de sus habilidades creativas o su estado mental.

Por ello, tratándose de un derecho humano, que no depende de la nacionalidad y al que tampoco afecta la edad, puesto que la capacidad para crear es independiente de la capacidad de obrar, podrán ser sujetos

activos de esta libertad todas las personas físicas, españolas y extranjeras, mayores de edad y menores.[116]

También las personas jurídicas pueden ser sujetos activos, siempre que sea imputable a ellas mismas la creación, esto es, sean consideradas autoras de la misma. El artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, respecto a la condición de autor establece que "*se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*"; Sin embargo, en el apartado 2º, añade que "*no obstante, de la protección que esta ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella*". Un caso concreto es el de la obra colectiva del artículo 8º de la LPI, que puede ser creada por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica, que será la que la edite y divulgue bajo su nombre y a la que serán atribuidos los derechos de la obra.

Los sujetos pasivos, por su parte, son los poderes públicos y terceros en general, ya que el derecho de libertad de producción y creación artística constituye un "*derecho de defensa*" frente a las intromisiones de todos ellos, no únicamente de los poderes públicos. Con la aparición de las industrias culturales y la influencia que éstas ejercen sobre la cultura, pueden darse casos en los que la libertad de los autores se vea limitada por sus intereses, fundamentalmente económicos. Estas

[116] Respecto a los menores, el límite al que hace referencia el artículo 20 en su apartado 4º, sobre la protección de la juventud y de la infancia, les afectará únicamente en cuanto sujetos pasivos, es decir, como receptores o destinatarios de las creaciones, pero no como creadores.

industrias persiguen su propio beneficio, más que favorecer el progreso cultural, tratando de imponer a los artistas, en ocasiones, sus propios criterios, de ahí que deba protegerse el derecho de creación frente a ellas también.

Puede ser que, en ocasiones, para que la actividad creadora pueda consumarse, sea necesaria financiación económica o determinadas aportaciones materiales pero, no obstante ello, podemos excluir a estos colaboradores como sujetos activos desde el momento en que, con su actuación, no llevan a cabo ninguna labor creativa, ni ésta supone una manifestación de su personalidad. Caso contrario es el de los ejecutantes e intérpretes, que sí participan en la divulgación de la obra realizando una aportación personal y llevando a cabo una labor creativa, al igual que los autores.

En todo caso, a esos colaboradores necesarios, habrá que considerarlos sujetos pasivos contra los que proteger al derecho.

4.3. Objeto.

El artículo 20.1.b) CE distingue cuatro ámbitos objetivos de la libertad de creación cultural: el arte, la literatura, la ciencia y la técnica, convirtiendo a la Constitución Española en una de las que más léxico aportan, frente a otras, como la Italiana o la alemana, que únicamente distinguen el arte y la ciencia.

En sentido amplio, se entiende por artístico todo aquello en lo que se pueda apreciar una creación estética. Esto incluye también lo literario, que es creación artística pero limitada a las exteriorizaciones llevadas a cabo a través de la palabra, oral y escrita.

La creación científica, por su parte, consiste en un "*proceso discursivo metódico, racional y contrastado, e incondicionado a cualquier valor previo ajeno a la propia ciencia y no demostrado por ésta*"[117] que se distingue de la libertad de expresión por el método que ha de seguirse para su realización, constituyendo la aplicación de esa ciencia, lo que se denomina creación técnica.

Todo ello lo resume PRIETO afirmando que "*el objeto de la creación cultural se concreta para la Constitución en las prácticas creadoras de lo bello, lo docto y lo útil*".[118]

El artículo 20.1 b) CE no aporta ningún tipo de información respecto a cuáles son las creaciones amparadas por este derecho, pero como tanto los derechos de autor como los de producción y creación artística se proyectan sobre la misma realidad, que es la creación y difusión de obras artísticas, es posible utilizar la definición del objeto del derecho de autor para aplicarla al objeto del derecho que estamos analizando.

[117] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura…, op. cit. p. 188
[118] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y Constitución, op. cit. pp. 230-236.

El artículo 10.1 LPI recoge como objeto de propiedad intelectual "*todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*" y enumera:

a) *Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.*

b) *Las composiciones musicales, con o sin letra.*

c) *Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.*

d) *Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.*

e) *Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.*

f) *Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.*

g) *Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.*

h) *Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.*

i) *Los programas de ordenador.*

No obstante, esta enumeración no es exclusiva, tal y como se deduce del uso de la expresión "*comprendiéndose entre ellas*", así como por la alusión a los "*soportes que se inventen en el futuro*".[119]

El título de una obra, cuando sea original, también quedará protegido en virtud del apartado 2º del artículo 10 LPI y las obras derivadas que recoge el artículo 11 LPI, esto es, las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

Finalmente, el artículo 12 LPI incluye las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales.

Estos son los ejemplos de creaciones que reconoce la Ley de Propiedad Intelectual aunque, como hemos visto, podrían existir otras creaciones que no figuren aquí recogidas.

Quedan excluidas del objeto de la propiedad intelectual, en virtud el artículo 13 LPI, las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los

[119] PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor…* op. cit. p.282.

organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

4.3.1. Elementos que conforman la definición de creación artística.

Una obra intelectual ha de ser resultado del esfuerzo de la capacidad creadora y del trabajo del hombre, de ahí que MINTEGUIA excluya como creaciones los objetos "*cuya belleza sea de origen natural o las creaciones mecánicas, en cuya elaboración no ha tomado parte el trabajo creativo humano*", si bien podrían tener cabida los supuestos en los que, aunque el autor use elementos u objetos naturales en el proceso creativo o que la obra sea producida por una máquina, exista una aportación de éste.[120]

La STS 214/2001, de 5 de abril expone que "*la creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual, -talento, inteligencia, ingenio, invectiva, o personalidad que convierte a la fotografía en una creación artística o intelectual-. La singularidad no radica en el objeto fotográfico, ni siquiera en la mera corrección técnica, sino en la fotografía misma, en su dimensión creativa*." (Fundamento quinto)

[120] MINTEGUIA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, [LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (Director)], Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, S.L., Madrid, 2006, p. 114; TambiénBERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en "Comentario al artículo 10" en AA.VV., Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)], Tecnos, Madrid, 1989, p. 207.

"*La ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, pues son diversos los factores y aspectos que pueden incidir, correspondiendo su valoración en principio a los Tribunales que conocen en instancia, a cuyo efecto han de tomar en cuenta la pluralidad de elementos de convicción que hayan podido proporcionarles las partes –periciales, informes de expertos, revistas especializadas, exposiciones, certámenes, premios, etc.-, además de las máximas de experiencia comunes, y aun cuando el juicio definitivo sobre la "suficiencia creativa" es verificable en casación en tanto que la "originalidad creativa"- "creación original", en la dicción legal- es un concepto jurídico indeterminado, el ámbito de conocimiento de este Tribunal no es igual al de un Tribunal de instancia, porque no supone un nuevo juicio, sino solo un control de razonabilidad de la apreciación de la resolución de la Audiencia*." (Fundamento sexto)

Tres son los elementos a analizar en el concepto de creación artística: el carácter artístico, la exigencia de su exteriorización y la originalidad.[121]

a) Carácter artístico de la obra.

Serán creaciones artísticas las enumeradas en el artículo 10.1 LPI que no pertenezcan al ámbito científico y técnico, que aunque también están tuteladas por la libertad de producción y creación del artículo 20.1 b) CE, se encuadran entre las creaciones científicas y técnicas, donde se

[121] MINTEGUIA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos…,* op.cit. pp. 114 y ss.

puede observar que los conceptos literario y artístico son interpretados, por el legislador, de forma extensible y flexible. Añade la doctrina que estas creaciones han de ser objeto de protección al margen de su calidad, que el Derecho no ha de examinar su valor artístico, puesto que la determinación de este valor está cargada de subjetividad.[122]

A la hora de su concreción administrativa o judicial, la noción de creación artística se desenvuelve, para PRIETO, como un supuesto de discrecionalidad técnica y no como concepto jurídico indeterminado, toda vez que, al tratarse de una práctica social que se encuentra en continua evolución, será suficiente con apreciar un mínimo valor cultural para poder decantarse a favor de la cultura.[123] De esta manera, la presencia de indicios que creen la apariencia de ser una creación cultural, constituirá un requisito suficiente para que se activen las garantías de la libertad de creación cultural.

b) Exteriorización.

El art. 10.1 LPI establece que las creaciones artísticas han de estar "*expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*". Esta exigencia supone que la obra ha de poder ser percibida por terceras personas, de ahí que tenga que ser plasmada en un soporte, sea tangible o intangible, como sucede, por ejemplo, en el caso de las composiciones musicales

[122] Ibídem, p. 115.
[123] PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas…* op.cit., p. 238.

recogidas en el apartado b) del artículo 10.1 LPI. Por este motivo, afirma MINTEGUIA, que el auténtico objeto de protección no son las ideas del autor, sino la forma concreta usada por éste para exteriorizar dichas ideas, lo cual no debe ser confundido con el soporte.

Algunos autores opinan que para que la obra sea objeto de protección por este derecho basta con que se haya exteriorizado y sea susceptible de ser percibida por terceros, como comparte BERCOVITZ,[124] mientras que otros, como LACRUZ BERDEJO,[125] consideran que es necesario que haya sido divulgada, por el medio que sea.[126] Para MINTEGUIA, por ejemplo, la divulgación pública hace posible que la creación se convierta en un instrumento efectivo para enriquecer la vida intelectual y facilitar el derecho de acceso a la cultura de todos los ciudadanos y por ese motivo es esencial que exista exteriorización y divulgación. Si no es así, como ocurre con las obras inéditas, exteriorizadas pero no divulgadas, la protección se realizará a través del artículo 18.1 CE, al entenderse que es una manifestación de la personalidad e identidad del autor.

[124] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios a la Ley…" op.cit. pp. 214-215.

[125] LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho civil III, Derechos Reales. Volumen I, 3ª parte, Bienes Inmateriales, 2ª Edición, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 26-27

[126] Por lo que respecta al significado de "divulgación" y "publicación", el artículo 4 LPI manifiesta que "se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma".

c) Originalidad

La primera cuestión que hay que resolver respecto a este requisito es si se trata de un elemento esencial, ya que el artículo 20.1 b) CE no señala nada acerca de la necesidad de que la obra sea original pero sí lo hace el artículo 10.1 LPI, que lo incluye como elemento esencial para que la obra sea protegida por el derecho de autor, al regular como objeto de propiedad intelectual "*todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas".*

Siguiendo el razonamiento inicial, utilizado para concretar las obras objeto de protección a través de la libertad de producción y creación artística, parece que su inclusión en la Ley de Propiedad Intelectual lo convierte en requisito necesario.[127] No obstante, la Ley no establece ningún criterio que permita valorar la existencia o no de originalidad en los soportes enumerados en dicho precepto, por lo que no todos serán objeto de protección por el artículo 20.1 b) CE. Así lo expresa la SAP de las Islas Baleares, 309/2010 de 30 de julio, que destaca en su Fundamento Segundo que "*La Ley española de propiedad intelectual no establece ningún principio ni criterio para valorar la originalidad. El artículo 10 de dicha ley se limitaba a enumerar una lista larguísima de soportes posibles que pueden servir como medio para expresar una idea: folletos, impresos,*

[127] De esta opinión son PLAZA PENADÉS, J., El derecho de autor… op. cit. p. 294; MINTEGUIA ARREGUI, I., Sentimientos religiosos… op. cit. p. 120; y PRIETO DE PEDRO, J., el cual considera que si bien la creación cultural no suele crearse ex tabula rasa, ya que recibe el préstamo constante y la influencia de las creaciones precedentes, toda práctica creadora ha de ser portadora de un mínimo novum simbólico, ha de ser original, para que pueda ser considerada como tal. PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución, op. cit. p.237.

coreografías, planos, maquetas o películas de cine que carezcan de originalidad por completo. El medio no determina la existencia de originalidad y no todo libro es un objeto de propiedad intelectual".

El TS corrobora por su parte, en el Fundamento Quinto de su Sentencia núm. 214/2011, de 5 de abril, que "*bien la falta de originalidad, o bien la de creatividad, privan a la fotografía de la condición de obra fotográfica (art. 10.1 h LPI), y consecuentemente de los derechos de autor, y la degradan a la condición de mera fotografía con la protección de propiedad intelectual limitada del art. 128 LPI*".[128]

Aclarada la necesidad de la existencia de originalidad, corresponde determinar su significado.

La RAE define originalidad como "*cualidad de original*" o "*actitud, comportamiento o acción originales* (*con carácter de novedad*)" y respecto al término original, "*dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: que resulta de la inventiva de su autor*" o "*que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad*".[129]

Algunos autores contrastan el concepto originalidad con el de novedad, entendiendo que éste es mucho más estricto. La originalidad

[128] El art. 128 LPI relativo a la "*protección de las meras fotografías*" proporciona al autor el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la Ley a los autores de obras fotográficas, durante veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.

[129]Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, 2001, Espasa.

supone que la obra intelectual es una manifestación de los rasgos personales del autor, es decir, tiene un sentido subjetivo, mientras que la novedad implica que la creación intelectual es una realidad no existente con anterioridad, en sentido objetivo.

PLAZA PENADÉS defiende el carácter subjetivo y propone dos definiciones para este concepto; originalidad, como manifestación del esfuerzo intelectual individualizado y, originalidad, como aportación personal del autor. [130]

Por su parte, MINTEGUIA defiende que el concepto de originalidad ha de ser interpretado de manera amplia, entendiéndose como una aportación personal del autor en la obra, tanto en relación con las ideas contenidas en ella como en la forma de expresarlas o el modo de ordenarlas.[131]

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de octubre de 1992, excluye las piezas de joyería (o primigenias) modelo para la producción en serie por medios mecánicos, de orfebrería, bisutería si no son creaciones originales en su sentido subjetivo, esto es, si no reflejan la peculiaridad del actor y su esfuerzo creativo, y objetivo, a falta de novedad y altura inventiva. Esta misma sentencia hace referencia, desde una perspectiva subjetiva, a la exigencia de un "*esfuerzo creativo*" y que "*se refleje la personalidad del autor*", y en el plano de la novedad objetiva,

[130] PLAZA PENADES, J., El derecho de autor… op. cit. pp. 299-309
[131] MINTEGUIA ARREGUI, I., Sentimientos religiosos… op. cit. p. 122

a la trascendencia de la obra que, rechaza en el caso que examina, por la forma de utilización de los motivos ornamentales.

En mi opinión, compartiendo las ideas expuestas por MINTEGUIA, para que una creación intelectual sea protegida por el artículo 20.1 b) CE, únicamente ha de cumplir el requisito de la originalidad, es decir, ha de apreciarse una aportación del autor, pero esta aportación no tiene que limitarse al contenido de lo manifestado, sino que podrá consistir en la manera en la que se expresa, en la forma de ordenar los contenidos, etc.

En cuanto a las ejecuciones e interpretaciones de trabajos artísticos o literarios, serán protegidas por el artículo 20.1 b) CE si implican una labor creativa y una aportación personal del intérprete o ejecutante, en relación a la obra original.[132]

La finalidad cultural del objeto de este derecho de creación y producción artística afectará, como veremos a continuación, a sus límites.

[132] MINTEGUIA ARREGUI, I., Sentimientos religiosos…, op. cit. p. 122

CAPÍTULO III: LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA EN LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

1. Límites de la libertad de creación artística

El derecho de libertad de producción y creación artística no es un derecho ilimitado.

En primer lugar, su objeto se encuentra intrínsecamente delimitado por su propia definición y función institucional, delimitando, así mismo, su contenido, que queda reducido a la expresión artística. "*Las delimitaciones intrínsecas son limitaciones que se deducen directamente de la naturaleza y forma de configurarse el derecho, atendiendo a la función social para la que ha sido reconocido y garantizado*", en palabras de CÁMARA VILLAR.[133] Son límites derivados de la incorporación del derecho al ordenamiento que operan desde el interior del derecho.

Por otra parte, estará limitada también por los derechos de los demás, que junto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley, constituyen los fundamentos del orden político y la paz social, tal y como proclama el artículo 10.1 CE.

[133] CÁMARA VILLAR, G., Manual de Derecho Constitucional, [BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, Coord.], Vol. II, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 63.

1.1. Limitaciones objetivas

Estas limitaciones están fundamentadas en principios objetivos, de manera que se aplican sin tener en cuenta quienes sean los sujetos activos y pasivos del derecho y las condiciones de su ejercicio, definiendo "*externa y negativamente el objeto de las libertades culturales y, por tanto, también su contenido*".[134]

No cabe imponer este tipo de limitaciones a las libertades culturales toda vez que, siendo la cultura libre y autónoma, no puede quedar subordinada a otros valores, como el de la moral, el orden público o la lealtad a la Constitución.[135] Si así fuese, se crearía un conflicto entre valores, viéndose afectado el alcance y significado de la autonomía de la cultura y quedando reducida, la libertad de creación artística, al "*derecho a crear y/o comunicar las formas científicas y estéticas que sean conformes con los órdenes moral, político y jurídico de la sociedad*".[136]

Como explica VAQUER, cuando en la parte dogmática de la Constitución se hace mención a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, se está haciendo referencia a todas las dimensiones del ser humano, esto es, la física, moral y religiosa, política y cultural, quedando protegidas todas ellas mediante diversos derechos

[134] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. p. 201.
[135] Ibídem, p. 201. Por lealtad a la Constitución entiende el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, establecidos en el Título Preliminar y Título I de la Constitución, desde el punto de vista del orden jurídico objetivo.
[136] Ibídem, p. 201

fundamentales entre los que no existe jerarquía, sino "*un equilibrio respetuoso*" entre sus respectivos contenidos esenciales[137].

La limitación del objeto de las libertades fundamentales constitucionales, incluidas las culturales, por la moral u orden sería inconstitucional en un Estado que proclama la libertad y el pluralismo como valores superiores de su ordenamiento. [138]

Por otra parte, si "*el arte es libre y autónomo y no puede, por su propia naturaleza, atentar contra la moral o el orden públicos*",[139] ni uno ni otro pueden imponerse como límites objetivos a la libertad de creación. En este sentido se pronuncia también la doctrina italiana, que señala que la expresión artística y científica no puede, por naturaleza, ser considerada atentatoria a las buenas costumbres. Esto singulariza a la libertad del artículo 33 de la Constitución Italiana y la diferencia de la genérica libertad de manifestación del pensamiento del artículo 21 del mismo texto constitucional.[140]

En nuestro ordenamiento jurídico, si un bien cultural es moralmente reprobable según la ética mayoritaria, puede ver restringida su

[137] Ibídem, p. 202.
[138] Ibídem, p. 205
[139] "La cultura no conoce más valores que los de la verdad y la belleza, que no son inferiores ni superiores, sino diversos a los del bien y el orden. La ciencia y el arte son entonces- y así son proclamados en las Constituciones alemana, italiana y griega- libres y, por tanto, autónomos en el Estado de Cultura", VAQUER, op. cit. p. 202
[140] Entre quienes lo afirman, A. PIZZORUSSO, en Lecciones de Derecho Constitucional, T.I, p. 129

divulgación, pero no ser prohibido,[141] ya que si se prohibiese, se estaría violando el contenido esencial de la libertad del 20.1.b) y se contravendría el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

Lo mismo ocurre con el orden público que, sin embargo, identificado como convivencia pacífica o seguridad ciudadana, desplegará eficacia sobre el ejercicio de la libertad de creación artística a través de la policía de espectáculos, encontrando su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas de los demás.[142]

También el respeto a la Constitución podrá ser aplicado como limitación al ejercicio de las libertades culturales, pero no como limitación a su objeto.[143]

De esta forma se concluye que el objeto de las libertades culturales no está externamente limitado por ningún valor o principio, sino sólo intrínsecamente delimitado por su definición misma, conforme a su función institucional, que en el caso de las libertades culturales es

[141] El TS excluyó a los bienes culturales del concepto de pornografía al establecer que "deben reputarse como pornográficas las descripciones literarias o gráficas de actos sexuales que no vengan justificadas por propósito artístico o científico alguno…" STS 2 febrero 1982, R.A 617.

[142] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. p. 204. Junto a esta acepción restringida, se entiende el orden público de manera más amplia como conjunto de valores o principios imperativos que precisa la convivencia social, dentro del cual se entiende incluida también la moral pública, teniendo su fundamento en el conjunto de principios dogmáticos recogidos en la Constitución, cuando recoge que "*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social*".

[143] Entendido como una limitación distinta de la establecida en el art. 20.4 cuando se refiere a los derechos reconocidos en el Título I. El 20.4 se refiere al conflicto que puede darse entre las situaciones jurídicas de los respectivos titulares: el que ejerce la libertad de creación y el que posee otro derecho fundamental. En este caso se trata de estos derechos entendidos como principios del orden jurídico objetivo; dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

garantizar los derechos culturales de los individuos y la formación del patrimonio cultural de la sociedad. Un caso distinto es el de que se restrinja circunstancialmente el contenido de dichas libertades, en su ejercicio, por respeto a los derechos igualmente fundamentales de los demás.

1.2. Limitaciones al ejercicio

Como así ha declarado el TC en diversas Sentencias en relación a los derechos fundamentales en general, su ejercicio podrá ser restringido por otros bienes a los que el ordenamiento jurídico dote también de protección. En este sentido, recoge MINTEGUIA la definición ofrecida por AGUIAR DE LUQUE sobre lo que ha de entenderse por límite o restricción, cuando afirma que lo será "*toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos*".[144]

Respecto al ejercicio de la libertad de creación artística, se pueden distinguir dos aspectos. El primero de ellos, al que la doctrina alemana denomina "*ámbito de la obra*", que se corresponde con el momento de creación de la misma, en el cual no cabe la imposición de límites, toda vez que nos encontramos en el esfera íntima del creador.

[144] MINTEGUIA ARREGUI, I., tomada de AGUIAR DE LUQUE, L., "Los límites de los derechos fundamentales", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, enero-abril 1993, p. 10 y recogida en Sentimientos Religiosos… op. cit. p. 158.

En segundo lugar, el momento de comunicación de la misma o "*ámbito de eficacia*", donde es posible que los intereses de la cultura entren en conflicto con otros intereses, al adentrarse en la esfera social, momento en el que pueden entrar en juego las limitaciones.

PRIETO, parafraseando al autor alemán E. STEIN, considera que ciertos conflictos se pueden superar si se tiene en cuenta que "*por un lado, a los adultos hay que tratarlos como hombres con plena capacidad, a los que corresponde protegerse a sí mismos contra la influencia de las obras de arte que consideren perjudiciales, mientras que, por otro lado, hay que reconocer que el arte no entraña el derecho a perturbar el libre desarrollo sexual de la juventud en la época de la pubertad. De ahí que la adopción de medidas que eviten tales perturbaciones, no afecten a la libertad del arte, siempre que no eliminen la posibilidad de que cada arte pueda ser conocido, en su forma típica, por los alumnos*".[145]

En cualquier caso, el ejercicio de la libertad de creación artística no podrá ser restringido mediante "*ningún tipo de censura previa*", en virtud del contenido del artículo 20.2 CE.

1.2.1. Los límites del artículo 20.4 CE

El propio artículo 20 expresa, en su apartado cuarto, que las libertades en él reguladas poseen límites:

[145] Tomado por PRIETO DE PEDRO de E. STEIN, de su libro Derecho Político, edición española de Editorial Aguilar, 1973, p. 192.

"*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*".

En el caso de la libertad de creación artística, los límites han de ser aplicados en un equilibrio diferente al del resto de libertadas reguladas en el artículo 20 CE. Los límites generales propios del sistema de derechos fundamentales no tienen el mismo alcance en la libertad de creación cultural que en el resto de libertades enunciadas en el artículo 20 CE debido a que, como hemos señalado ya a lo largo de la exposición, la peculiaridad de su objeto y la finalidad cultural que persigue, exigen un mayor margen de libertad.[146] Se han de garantizar los derechos culturales de los ciudadanos.

Estos límites son de aplicación a todos los derechos reconocidos en la Constitución, pero PRIETO afirma que el hecho de que se haya optado por la mención expresa en el artículo 20 respecto a las libertades

[146] "Sostener, como hacemos, que la consagración expresa de las libertades culturales cristaliza una voluntad apreciativa de la cultura que pretende una garantía más idónea de ésta como bien jurídico, pronto descubre que los límites generales propios de la libertad de expresión enunciados en el artículo 20 CE (…) han de aplicarse en un equilibrio diferente en relación con las libertades culturales. Así es, pues si lo que caracteriza a la creación cultural es la posibilidad de generar nuevos valores simbólicos, incluso hasta el cuestionamiento revulsivo de los precedentes, la aplicación de ciertos límites a las libertades artística, literaria, científica y técnica, como por ejemplo la moral pública, en los mismo términos que en la libertad de expresión, podría suponer su desnaturalización, cuando no su radical negación. Esta convicción ha llevado a gran parte de los autores italianos a afirmar –buscando una explicación de fondo al silencio del artículo 33 de la Constitución- que el de la obscenidad sí es un límite de la libertad de manifestación del pensamiento, mientras que no lo es, ni siquiera en sentido restringido penal (que lo reduce a la moral sexual), de las libertades artística y científica". PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas y constitución… op. cit. pp. 243-244

culturales, tiene que tener un significado especial, debiendo interpretarse esta mención como un reforzamiento de los bienes jurídicos tutelados. Esa es la razón de que los límites enumerados hayan de ser aplicados en un equilibrio diferente en relación con las libertades culturales.[147]

Ejemplo de ello es la afirmación que el propio TC recoge al respecto en su Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, cuando establece que "*la presencia de una finalidad cultural, artística, científica, etcétera, desplaza automáticamente el límite de la moralidad pública, que sí rige, empero, en el supuesto de las manifestaciones no cualificadas de la libertad de expresión*". Ello es una buena muestra también de que, tal y como quedó aclarado en el capítulo anterior, la libertad de creación cultural (artística) ha de ser reconocida como un derecho autónomo respecto de la libertad de expresión.

La libertad de creación artística pertenece al campo de la imaginación, mientras que la de expresión pertenece al de la realidad, de ahí que exija un margen de libertad mayor y, por consiguiente, un menor nivel de restricción, no siendo posible aplicar las reglas de una comunicación racional.

Apunta SILVEIRA que "*expresarse libremente por medio del arte es más que expresarse libremente*".[148]

[147] Objeto de discusión en Italia, ya que su constitución reconoce la libertad artística en el artículo 33, independiente de la libertad de manifestación del pensamiento, regulada en el artículo 21.
[148] SILVEIRA, A., Lección DECA Master, en fecha 10/09/11, Nuoro, sin publicar.

La redacción de estos límites en el apartado cuarto se ha realizado de una manera tan amplia, que a la hora de su aplicación pueden llegar a desvirtuar el contenido de los derechos, de ahí que el Tribunal Constitucional haya tenido que pronunciarse en multitud de ocasiones para aclarar el alcance de cada uno de ellos. No existe una teoría de aplicación general, por eso ha de analizar caso por caso, teniendo en consideración las particularidades de cada uno de los supuestos.

Veamos separadamente cada una de las cláusulas establecidas en dicho apartado.

a) Respeto a los derechos reconocidos en el Título I.

Los propios preceptos de la Constitución establecen, en ocasiones, límites a los derechos fundamentales, aunque no de forma exhaustiva. Por este motivo, es posible imponer, a un derecho, límites derivados de la Constitución, aunque éstos no hayan sido expresamente recogidos en el precepto en que viene regulado.

El respeto a los derechos reconocidos en el Título Primero de la Constitución y a las leyes que lo desarrollen, constituye el límite general del ejercicio de las libertades del artículo 20 CE y viene a recordar que ningún derecho es ilimitado, como así se manifiesta también en el artículo 10.1 CE al referirse al "*respeto a la ley y a los derechos de los demás*".[149]

[149] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. p. 200

En virtud de ello, la libertad ideológica y religiosa podría llegar a configurarse como límite al ejercicio de la libertad de creación artística, puesto que, estando regulada en el artículo 16 CE, forma parte de los derechos reconocidos en el Título Primero.

b) Respeto a las leyes que desarrollen el Título I.

En segundo lugar, como instrumento para establecer límites a los derechos fundamentales, se incluyen la Ley y las normas de rango de ley, tanto orgánicas como ordinarias.

Las restricciones que tienen este origen se incluyen entre los denominados límites inmanentes de los derechos fundamentales, es decir, son las limitaciones propias de los derechos derivados de su incorporación en el ordenamiento jurídico, establecidos por el propio ordenamiento, pero desde fuera del derecho, a diferencia de lo que ocurría con los límites intrínsecos.

El artículo 53.1 CE establece que se podrá regular el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución mediante leyes. Los derechos y libertades de la Sección 1ª de dicho capítulo verán reforzada esa reserva de Ley a través del artículo 81.1 CE, con el que se reserva a las leyes orgánicas la regulación básica de las condiciones de ejercicio de los mismos. De esta forma, en el momento en que regulan su ejercicio, pueden también prever límites, aunque no estén expresamente previstos en la Constitución.

No existe en la CE una mención expresa sobre la facultad del legislador para introducir límites a los derechos fundamentales a través de las normas de desarrollo de su articulado, como sí sucede, por ejemplo, en la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976, que habilita expresamente al legislador para que pueda restringir los derechos de los ciudadanos, siempre que se cumplan una serie de condiciones.[150] La ausencia de esa habilitación expresa a nuestro legislador, no sólo no le impide poner límites, sino que le concede mayor discrecionalidad. El artículo 53.1 CE lo habilita para poder regular legislativamente los derechos, estableciendo como único límite el del respeto del contenido esencial de esos derechos, de ahí que entienda MINTEGUIA que puede imponer límites aunque éstos no estén incluidos en la CE.[151]

Se hace mención también a las normas de rango de ley que desarrollan el Título I, que podrán ser fuente para establecer límites a los derechos fundamentales del ámbito de la manifestación de creencias, ideas, opiniones o información, desde dos perspectivas distintas. A una norma que regula y define el contenido concreto de un derecho reconocido en este título se pueden añadir una serie de reglas para proteger el bien de ataques que pueda sufrir como consecuencia del

[150] El artículo 18 de la Constitución Portuguesa proclama que la Ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, debiendo limitarse las restricciones lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías tienen que revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales.

[151] MINTEGUIA ARREGUI, I., Sentimientos religiosos…, op. cit. p. 167

ejercicio de otros derechos, entre los que se incluyen los del artículo 20 CE. Por otro lado, hay que entender incluidas también las normas que desarrollen los derechos consagrados en el art. 20, ya que al delimitar el alcance concreto de su contenido podrán definir los límites de su ejercicio.

En definitiva, hay que acudir a las distintas normas de rango de ley que regulen tanto alguno de los distintos derechos reconocidos en este Título primero de la Constitución, como aquellas que desarrollen el contenido del art. 20, para conocer en detalle los elementos restrictivos con los que se puede encontrar el ejercicio de las libertades del ámbito de la expresión e información, en general, y la libertad de producción y creación artística, en particular.[152]

Entre las principales normas que desarrollan el Título I de la Constitución y regulan las condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales, pudiendo limitar el ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20, se encuentra el Código Penal.[153]

Analizando su articulado, se pueden apreciar muchos preceptos que pueden restringir las libertades del artículo 20 aunque, de nuevo, es

[152]Entre las normas que prevén restricciones al ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 CE está la LO 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en cuyo art. 7 describe las intromisiones ilegítimas como límite a las libertades reconocidas en el art. 20 CE.

[153]El TS ha afirmado que el ejercicio de estas libertades no debe conculcar las normas penales que son aprobadas en defensa de la sociedad y el TC considera el Código Penal como un instrumento idóneo para regular el ejercicio de los derechos del Título Primero de la Constitución.

poco probable que una obra artística o literaria pueda constituirse como un medio adecuado para constituir un delito.

En la libertad de creación artística juegan un papel importante la libertad sexual del menor y la correcta formación de su conciencia, protegidas por los delitos de exhibicionismo y provocación sexual regulados en el artículo 186 CP. También las libertades ideológica y religiosa, protegidas a través de los delitos de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, ideológicas o religiosas, recogidas en el art. 510.1 CP o los sentimientos religiosos, que encuentran su protección en los delitos de profanación o escarnio de los artículos 524 y 525 CP.

Como bienes de carácter colectivo se protegen la seguridad ciudadana o la salud pública, que juegan un papel destacado en los espectáculos públicos, a través de los que se manifiesta la libertad de creación.

c) Mención expresa a los derechos al honor, intimidad y propia imagen

Lo primero que hay que destacar es que esta mención expresa no supone que estos derechos constituyan límites cualificados de estas libertades ni que, en caso de conflicto, prevalezcan frente al ejercicio de las libertades del art. 20. Lo que se quiere constatar es que estos bienes son los más fácilmente vulnerables cuando se ejecutan estas libertades, principalmente las libertades de expresión y de información, ya que es

poco probable que puedan verse afectados en el ejercicio de las libertades culturales.[154]

d) Protección de la juventud y de la infancia

La protección de la juventud y la infancia actúa en nuestro ordenamiento como límite a la libertad artística en cuanto a la comunicación pública de las obras a aquéllos, para proteger sus derechos en cuanto receptores de las mismas, hasta el momento en que se conviertan en adultos, sin que ello pueda afectar a la comunicación al resto de la sociedad.[155]

Se les concede esta protección especial toda vez que se encuentran en el momento de desarrollo de su personalidad y de conformación de su conciencia, de forma que la recepción de determinados mensajes contrarios a valores como la tolerancia, el pluralismo, la igualdad o la no discriminación, así como el respeto a los

[154] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. p. 200. La LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de 5 de mayo, limita las libertades de expresión, incluidas las culturales, pero advierte en el artículo 8.1 que "no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas, las actuaciones autorizadas o acordadas por Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante", concediendo prioridad a las libertades culturales, por su aspecto institucional, frente a los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

[155] PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, culturas, constitución… op. cit. p. 246. "La protección de la juventud y de la infancia actúa en nuestra constitución (art. 20.4) como una barrera de las libertades artística, literaria, científica y técnica, pero sólo incide en la posibilidad de su comunicación a esos colectivos concretos que son la infancia y la juventud, de diferente intensidad (mayor en la artística y literaria), no permanente (hasta que se convierten en adultos) y tampoco absoluta (pues en un contexto formativo que asegura la "protección" que pretende el art. 20.4 CE podrían también tener acceso a las creaciones artísticas y literarias a las que el ordenamiento busca que no accedan por sí mismos) y que en ningún caso puede afectar a la propia actividad creadora del artista ni a la comunicación de su creación a los demás sujetos sociales".

demás, pueden resultar perjudiciales para ellos, aun cuando se transmita a través de creaciones artísticas.

Incluye MINTEGUIA la tutela de la infancia y la juventud frente al ejercicio de estos derechos del art. 20 no sólo como receptores de esos mensajes o creaciones, sino también como objeto de los mismos, limitándose cualquier tipo de divulgación que pueda interferir en la integración de éstos en la sociedad.

El fundamento constitucional para esta tutela se encuentra en el artículo 10.1 CE, mediante el que se establece que el libre desarrollo de la persona constituye uno de los pilares del orden político y paz social, junto con el respeto de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como hemos visto. Además, en el art. 48 CE, que establece que los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

En función de estas disposiciones constitucionales, el objetivo de este límite de las libertades es la protección de la correcta formación en los principios constitucionales de la personalidad del menor, para que pueda formar parte y participar de manera efectiva en una sociedad democrática.

De todos los límites recogidos en el apartado 4º del art. 20, el de la protección de la juventud y de la infancia es el que juega un papel más relevante en relación con las libertades culturales.[156]

1.2.2. Los tratados internacionales como fuente de límites

El artículo 10.2 CE establece que las normas que reconocen derechos fundamentales se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas ratificados por España.

Estos textos pueden ayudar a concretar el contenido de los derechos fundamentales, pero no crear derechos que no estén incluidos en la Constitución. Entre estos instrumentos interpretativos están incluidas las decisiones de los órganos internacionales de carácter jurisdiccional que aplican e interpretan los preceptos de estas normas, destacando especialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias han sido utilizadas en numerosas ocasiones por el TC para interpretar los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales.

No existe unanimidad en la doctrina a la hora de establecer si los tratados internacionales pueden establecer límites no previstos

[156] VAQUER CABALLERÍA, M., Estado y cultura… op. cit. p. 200

expresamente en la CE. Entre los argumentos en contra de esta posibilidad se incluye que estos tratados son resultado de circunstancias históricas concretas y que algunos contienen cláusulas en las que se establece que sus preceptos no pueden ser usados para limitar el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas si éstos no son reconocidos de manera más amplia en las normas internas de los Estados que hubiesen ratificado su articulado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma, en relación al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, que este texto no obliga a los Estados a aplicar los límites a los derechos fundamentales establecidos en su articulado en los casos en los que el ordenamiento estatal no los prevea también.[157]

Como argumento en contra se esgrime también que el uso de conceptos genéricos e indeterminados como elementos restrictivos, tales como orden público, moral pública o seguridad nacional, busca dar un soporte a las limitaciones concretas que los estados pudiesen introducir en sus normas internas, para limitar los derechos fundamentales. Es decir, los tratados internacionales constituirían criterios habilitantes para la limitación de los derechos por los poderes públicos, cuando su concreción en el ordenamiento interno derive de la protección de un bien previsto en la Constitución.

[157]Caso Handyside. STEDH de 7 diciembre 1976. Fundamento de derecho 54.

En conclusión, la verdadera función de los tratados internacionales es la de dar un fundamento a las restricciones previstas por las normativas de los países que las ratificaron, no la de establecer límites que deban ser aplicados después por los ordenamientos estatales. Por ese motivo los límites dispuestos en el ordenamiento jurídico español, además de tener que proteger un bien jurídico que derive de nuestro texto constitucional, podrán encontrar su fundamento en los límites genéricos previstos en los textos internacionales, siempre y cuando éstos se identifiquen también con algún elemento tutelado por nuestra Constitución.[158]

Nuestra constitución no recoge expresamente la moral pública ni el orden público como límites de la libertad de expresión, pero si las libertades constitucionales han de ser interpretadas conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, en virtud del artículo 10.2 CE y tanto esa Declaración, en el artículo 29.2, como el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos de Nueva York, en el artículo 19.3.b) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en el artículo 10.2, contemplan la moral y el orden público como límites

[158] MINTEGUIA ARREGUI, I., Sentimientos religiosos... op. cit. p. 183

posibles a la libertad de expresión, cabe la posibilidad de que puedan ser admitidos como tales.[159]

Gran relevancia tiene el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene por misión garantizar el respeto del contenido de este texto por los Estados firmantes y sus sentencias han de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar, tanto el contenido del convenio, como los preceptos referidos a derechos fundamentales de nuestra CE (Art. 10)

Existe otra circunstancia importante a considerar, como es la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, que otorga fuerza jurídicamente vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de tal manera que, tanto las instituciones, órganos y organismos de la Unión como los Estados miembros, cuando apliquen el derecho de la Unión, han de respetar los derechos fundamentales consagrados en ella y promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. (Art. 51.1 CDFUE). Entre los contenidos de la CDFUE, la libertad de las artes y las ciencias, proclamada en el artículo 13, a la que no se imponen límites expresos, de ahí que sean considerados como únicos límites admisibles los resultantes de su colisión con otros derechos fundamentales igualmente protegidos

[159] El TC ha aceptado la moral pública como límite a la libertad de expresión basándose en dichos pactos y acuerdos. STC 62/1982, 15 octubre. FJ 3º a), con la reserva del uso de estos textos con fines restrictivos, a la que se ha hecho mención.

en la CDFUE y especialmente, la dignidad humana, prevista en el artículo 1º.[160]

1.3. Resolución de conflictos. Jurisprudencia del TC y TEDH

Vistas las opciones que ofrece el ordenamiento jurídico para poder restringir el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, hay que aclarar que los límites que pueden ser aplicados en nuestra normativa, a los derechos constitucionales, no pueden constituir restricciones de carácter absoluto. Con esto queremos decir que en el caso de colisión entre el ejercicio de un derecho fundamental y el bien que constituya su límite, no siempre ha de ceder el derecho, sino que habrá que llevar a cabo una ponderación de los bienes en conflicto. Esta tarea la realizarán los órganos jurisdiccionales establecidos al efecto, que tratarán de equilibrar y armonizar las relaciones entre las libertades y los derechos, así como los valores, bienes y principios de nuestro ordenamiento jurídico, procediendo a analizar cada caso por separado.

La jurisprudencia nos ofrece una serie de elementos que hay que tener en cuenta a la hora de ponderar los bienes jurídicos en conflicto. MINTEGUIA señala la sentencia del TC 154/2002, de 18 julio, FJ 8º, que resume la doctrina expuesta por ese Tribunal. "*Todo acto o resolución que*

[160] D'ORSOGNA, D., "La libertad del arte y sus límites", intervención en el Máster de gestión cultural, Universidad Carlos III, Madrid, Octubre 2014, www.decamaster.it/decablog/

limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras son necesarias para conseguir el fin perseguido". Considera también que deberá tener en cuenta el "*principio de proporcionalidad*", que exige que el sacrificio del derecho individual cuyo ejercicio pueda ser limitado se encuentre en una relación equilibrada con la finalidad perseguida por la actividad restrictiva y, en todo caso, la medida ha de respetar el contenido esencial del derecho constitucional limitado.

En general, la jurisprudencia constitucional y la doctrina han defendido la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, lo que conlleva que los órganos jurisdiccionales deberán interpretar sus límites de forma restrictiva.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, no existen demasiados pronunciamientos que examinen el artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, relativo a la libertad de expresión desde su vertiente artística y los que hay, se centran en determinar si las medidas adoptadas por una autoridad nacional, previstas por Ley y justificadas por un fin legítimo, son necesarias en una sociedad democrática. Es el "test de los límites" al que se refiere Teresa FREIXES SANJUÁN, que será aplicado por el TEDH para concluir si ha habido vulneración de ese artículo o no, en donde la discusión principal suele suscitarse en la necesariedad de las medidas.[161]

[161]FREIXES SANJUÁN, T., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las Libertades de la Comunicación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 15, 2003.

La tendencia de este Tribunal era la de considerar la no vulneración del referido artículo 10, pero cada vez se aprecia más la presencia de votos particulares en las resoluciones, lo que no hace sino dejar patente la complejidad de la cuestión. En todo caso, en el ámbito de la libertad de creación artística, se han ido flexibilizando los límites.

Entre las diversas resoluciones del TEDH, destacaremos algunas de las más relevantes, comenzando por la del caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, conocida como la de "El pequeño libro rojo del colegio" (The Schoolbook) en la que el TEDH consideró vulnerado el artículo 10 del CEDH, aunque con opinión separada del Juez Mosler, que consideró que las medidas adoptadas por las autoridades británicas no eran necesarias, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. El Tribunal dio especial importancia al hecho de que el libro estaba dirigido, básicamente, a niños y adolescentes y era de fácil acceso, considerando que el capítulo relativo a la sexualidad podría tener efectos nefastos sobre la moral de los mismos.[162]

En el caso de Müller y otros contra Suiza, el pintor Josef Felix Müller fue acusado de haber infringido el Código Penal Suizo, que prohíbe las publicaciones obscenas y prevé la posibilidad de destruirlas, tras participar en una exposición de arte contemporáneo en Friburgo con la obra "Tres noches, tres cuadros". Señala el TEDH en esta Sentencia que

[162]Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Handyside contra Reino Unido, de 7 diciembre1976 (causa nº. 5493/72)

los artistas y aquellos que promueven las manifestaciones artísticas no son inmunes a las condiciones y restricciones previstas en el artículo 10.2 CEDH. Añade también que no es posible encontrar una concepción moral uniforme en los distintos ordenamientos jurídicos y sociales de los Estados firmantes de la CEDH y que la concepción de la moral sexual varía en función del tiempo y el lugar, motivo por el cual las autoridades de cada Estado, que son las que están directa y continuamente en contacto con las fuerzas vitales de sus países, se encuentran en mejores condiciones de decidir sobre la necesidad de las medidas. Por ello, teniendo en cuenta la opinión de los tribunales suizos que participaron en el proceso, entendió que las medidas impugnadas, de multa y secuestro de los lienzos, no vulneraban el art. 10 de la CEDH, toda vez que eran medidas legales, el fin perseguido legítimo (protección de la moral pública), necesarias y proporcionadas en un caso en el que, además, no existía ninguna limitación de edad de acceso a la exposición.[163]

Dando continuidad a esta Sentencia, entendió este Tribunal que no es posible discernir una concepción uniforme de la religión en todas las sociedades de los Estados firmantes de la CEDH en el asunto Otto-Preminger- Institut contra Austria, lo que justifica que las autoridades nacionales dispongan de mejor margen de apreciación para determinar la existencia y extensión de una injerencia admisible en la libertad de

[163]Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Müller y otros contra Suiza, de 24 mayo 1988 (causa nº. 10737/84)

expresión artística, cuando atentan contra las convicciones religiosas. Tampoco aquí la medida adoptada fue considerada una violación del artículo 10 CEDH.[164]

Otro de los pronunciamientos del TEDH relacionado con la libertad de creación artística es el caso Wingrove contra Reino Unido, originado por la denegación del certificado de calificación para la distribución y exhibición de un vídeo, considerado por el organismo encargado de valorar la idoneidad de éste, como obsceno y blasfemo. El TEDH declaró que la decisión de las autoridades administrativas inglesas no podía ser considerada irrazonable, arbitraria o excesiva, y la calificó como necesaria en una sociedad democrática, aunque no por unanimidad, puesto que dos de los jueces que votaron con la mayoría realizaron votos separados aportando fundamentos distintos y otros dos fueron votos disidentes. En cuanto a la legitimidad del fin, el Tribunal señala que la injerencia tenía como objetivo proteger contra el tratamiento de un tema de carácter religioso de una forma que pudiese ofender a quien "conociera, apreciara o hiciera suyas la historia y la moral cristianas, debido al elemento de desprecio, injuria, insulto, grosería o ridículo que revelan el tono, el estilo y la opinión que caracterizan la presentación del tema", no existiendo violación del artículo 10 del Convenio.[165]

[164]Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Otto Preminger-Institut contra Austria, de 20 septiembre 1994 (causa nº. 13470/1987)

[165]Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Wingrove contra Reino Unido, de 25 noviembre 1996 (causa nº. 17419/90)

Más reciente es la Sentencia del Caso Vereinigung Bildender Künstler contra Austria en la que sí se declaró la existencia de violación de la libertad de creación. Una asociación de artistas, con galería independiente dedicada exclusivamente a exposiciones de arte contemporáneo, organizó una exposición en la que figuraba un cuadro hecho por el pintor Otto Mühl, titulada "Apocalypse". Dicho cuadro mostraba un collage de varias figuras conocidas, entre las cuales, el político Meischberger, que aparecía en actitudes sexuales. Dicho cuadro fue atacado por un visitante que cubrió con pintura roja el cuerpo y parte de la cara de Meischberger, siendo publicada la fotografía en diversos periódicos austríacos cuando relataron la noticia. Éste, inició una acción judicial contra la asociación, solicitando la prohibición de la exhibición de la pintura y una compensación económica y aunque el Tribunal Comercial de Viena decidió en primera instancia que las pretensiones de Meischberger no debían prosperar, en segunda instancia se decidió a su favor, entendiéndose que los límites de la libertad artística habían sido excedidos. El TEDH, por su parte, considerando los intereses particulares de Meischberger, la naturaleza satírica de la obra y el impacto que las medidas adoptadas tuvieron sobre las actividades de la asociación requirente, acordó que la decisión del Tribunal austríaco había sido desproporcionada, en lo que al fin perseguido se refiere, e innecesaria en una sociedad democrática, provocándose una vulneración de la libertad de creación artística. Por ello, condenó al Estado austríaco a pagar a la

asociación organizadora de la exposición la cantidad de 12.286, 74 euros en concepto de daños materiales.

En esta resolución se aprecia la evolución y actualización de la jurisprudencia del TEDH respecto a la libertad de creación artística.[166]

2. Límites al ejercicio de la libertad de creación artística a través de la policía de espectáculos.

Una de las formas de ejercicio de la libertad de creación, la parte relativa a su comunicación pública, puede llevarse a cabo a través de los espectáculos públicos y, a través de la policía de espectáculos, se habilitan potestades de intervención de la administración con el fin de garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas de los demás.

2.1. Función limitadora de la administración

La actividad de la Administración Pública es muy heterogénea. Hemos visto que, en el campo de la cultura, tiene encomendada en el artículo 44 CE, la misión de fomentarla y proporcionar a los individuos los medios necesarios para acceder a ella en condiciones de igualdad, para que de esta forma pueda progresar de manera libre.

[166]Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Vereinigung Bildender Künstler-Wiener Secession contra Austria, de 25 enero 2007 (causa nº. 68354/01)

Por otro lado, existen también la función que SANTAMARÍA PASTOR denomina "*de ordenación*", tradicionalmente conocida como "*actividad de policía*", a través de la cual es posible limitar los derechos de los ciudadanos con el objetivo de evitar los peligros que su ejercicio pueda ocasionar a la sociedad.[167]

Estas limitaciones no pueden afectar al contenido esencial del derecho subjetivo sobre el que actúe en virtud del artículo 53.1 CE ni influyen en las capacidades jurídica y de obrar de su titular, sino que afecta exclusivamente a las condiciones de su ejercicio, con el fin de evitar colisiones con derechos fundamentales de otros sujetos o con intereses o derechos del conjunto de la sociedad.

El respeto a la libertad de los ciudadanos, y de la cultura, en concreto, implica que no sea posible la existencia de una capacidad general limitadora de la Administración mediante la que ésta pueda imponer medidas de limitación administrativa al ejercicio de un derecho sin una norma legal que la ampare.

Estas medidas pueden consistir en una actuación previa al ejercicio del derecho, concurrentes a dicho ejercicio o posteriores, en función del sector concreto en el que las mismas se producen, debiendo optarse

[167] En el lenguaje usual, la "actividad de policía" se refiere al mantenimiento del orden público y la persecución de actividades ilícitas, junto con los colectivos encargados de llevar a cabo dicha actividad. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II: 2ª edición, 2009, Madrid, Iustel, pp. 258-261, explica la evolución sufrida por el concepto desde el Estado absoluto hasta el Estado constitucional y el paso del poder de policía hacia la actividad de ordenación.

siempre por la técnica de intervención que suponga la menor restricción a la libertad y sin que quepa duda tampoco de que la técnica ha de ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que tratan de protegerse.

Para tomar la decisión, es necesario valorar cada caso concreto.

"*La proporcionalidad que debe existir siempre entre la limitación de la libertad y los fines que en cada caso se persiguen y la obligada valoración pro libertate, constituyen hoy dos test de cuya superación depende la constitucionalidad misma de las normas y, por supuesto, la de concreta aplicación por la administración*".[168]

2.1.1. Límites a los límites

No hay duda de que se pueden imponer restricciones a la libertad de creación, es decir, de que existen injerencias por parte de los poderes públicos que no implican una vulneración de ésta, pero también estas restricciones tienen límites.

Existen una serie de requisitos que han de cumplirse para que se pueda limitar un derecho.

Tenemos, por un lado, unas normas que regulan la libertad y, por otro, unas normas que establecen límites a su ejercicio, pero no se excluyen unas a otras sino que concurren y actúan recíprocamente. De

[168] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, duodécima edición, 2011, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, p. 121.

esta manera, el alcance de la limitación estará a su vez limitada por el contenido esencial del derecho, mucho más amplio en el campo de la creación artística que en el de la libertad de expresión por su propia naturaleza, de ahí que los límites hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos. Esto es así porque, aunque los derechos fundamentales son elementos esenciales, tanto las normas de libertad como las normas limitadoras están integradas en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios, en el que resulta ficticia la contraposición entre el interés particular que subyace a los derechos fundamentales y el interés público que, en ciertos casos, aconseja su restricción. Tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social. [169]

2.2. Intervención administrativa en materia de espectáculos. Policía de espectáculos

Los espectáculos públicos son uno de los cauces principales a través de los cuales se lleva a cabo el ejercicio de la libertad de creación, en lo que a su comunicación pública se refiere, constituyendo una importante forma de manifestación de cultura, al ser presenciados por un gran número de personas. Por este motivo, toda intervención que afecte a

[169] STC 159/1986, de 16 de diciembre. Caso "Egin". F.J. 6

los espectáculos públicos podrá tener incidencia también en la libertad de creación de los autores o artistas que participen en él, así como en los espectadores.

2.2.1. Causas y fines de la intervención.

La función de policía administrativa es una función de intervención pública para aquellos casos en que "*existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas*".[170]

En el marco de los espectáculos públicos, entran en juego distintas potestades administrativas, como la autorizatoria, la inspectora, de vigilancia y sancionadora, así como potestades normativas.

El artículo 8.1 LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección Ciudadana (LOPSC), establece los fines que persigue la intervención administrativa en los espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter público, consistentes en:

"*a) Garantizar la seguridad ciudadana frente a los riesgos que, para las personas o sus bienes, se puedan derivar del comportamiento de quienes organicen un espectáculo o actividad recreativa, participen en ellos o los presencien.*

[170] Artículo 1 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955. (RSCL)

b) Asegurar la pacífica convivencia cuando pudiera ser perturbada por la celebración del espectáculo o el desarrollo de la actividad.

c) Limitar las actividades de los locales y establecimientos públicos a las que tuvieren autorizadas, e impedir, en todo caso, el ejercicio en ellos de cualesquiera otras que estuvieren prohibidas.

d) Fijar las condiciones a las que habrán de ajustarse la organización, venta de localidades y horarios de comienzo y terminación de los espectáculos o actividades recreativas, siempre que sea necesario, para que su desarrollo transcurra con normalidad".

La finalidad de la normativa ha variado con el paso del tiempo. En un primer momento, primaba la protección de la moral o la ética en el contenido de dichas actividades. Ahora, junto con la finalidad básica de garantizar la seguridad, se intenta proporcionar un marco normativo que haga conciliar el principio de libertad, y concretamente lo que a nosotros nos interesa, la libertad de creación artística, con los derechos de los espectadores y usuarios a una adecuada utilización del ocio. Todo ello, prestando especial atención a la protección del adecuado desarrollo de la personalidad de la infancia y la juventud, donde la moralidad ciudadana tiene, todavía, cierta presencia, y para lo cual se establecen una serie de garantías.

2.2.2. Naturaleza de la intervención

De conformidad con lo expuesto, podemos concluir que la ordenación y actuación de la policía administrativa se circunscribe, fundamentalmente, al ámbito de la seguridad y protección del orden público, así como al de la protección de la moralidad ciudadana desde el punto de vista de la protección de los menores. Para ello, se reconocen una serie de competencias que, con la finalidad de proteger otros intereses públicos, pueden recaer bien sobre el evento o la actividad, o bien sobre el lugar o establecimiento en donde tienen lugar.

En relación al reparto de competencias, teniendo en cuenta que la organización y celebración de los espectáculos públicos está supeditada a la seguridad ciudadana, hay que tener en cuenta dos artículos de la Constitución relevantes en la materia.

Por una parte, el artículo 149.1.29 CE, por el que el Estado tiene competencia exclusiva sobre "*seguridad ciudadana*" y por otra parte, el artículo 148.1.19 CE, en virtud del cual las CCAA pueden asumir competencias sobre la "*adecuada utilización del ocio*", a lo que la mayoría de los Estatutos se refieren, hoy en día, a "*espectáculos públicos*".[171]

Aclara el TC que no puede encuadrarse dentro del título competencial de "*seguridad pública*" todo aquello que tenga que ver con

[171] Sirva como ejemplo el artículo 13.32 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que atribuye a esta comunidad autónoma competencias exclusivas en materia de espectáculos, sin perjuicio de las normas del Estado.

la seguridad de las personas y bienes, así como la normativa encargada de conseguirlo, puesto que, de ser así, prácticamente todas las normas del ordenamiento constituirían normas de seguridad pública y, por lo tanto, serían competencia del Estado.[172] Del mismo modo, no es admisible tampoco considerar que por el hecho de que una Comunidad Autónoma asuma la competencia exclusiva en materia de espectáculos, quede prohibido todo tipo de regulación normativa del Estado sobre la materia.[173]

Existe, por tanto, una confluencia de competencias con distinto título habilitante, debiendo delimitarse cada una de ellas, teniendo en cuenta las peculiaridades concretas que tiene la "*seguridad pública*" atribuida al Estado y las peculiaridades concretas de los "*espectáculos públicos*" asumidos por las CCAA en sus Estatutos de Autonomía.[174]

El Tribunal Constitucional establece en su Sentencia 148/2000, de 1 de junio, Fundamento Jurídico 10, que "*resultarán encuadrables en la materia <seguridad pública>* (…) *todas aquellas medidas o cautelas que, dirigiéndose a la protección de personas y bienes, tengan como finalidad*

[172] STC 59/1985, de 6 de mayo, FJ. 2. "No toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de "seguridad pública", pues, si así fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 de la Constitución".

[173] STC 148/2000, de 1 de junio, FJ. 6. "… no por ello resulta aceptable su tesis según la cual quedaría vedada toda regulación normativa al Estado, <ex> art. 149.1.29 CE, en el ámbito de los espectáculos, en general, y, en concreto, en el de las competiciones de fútbol por el hecho de que la Generalidad haya asumido la competencia exclusiva en materia de <espectáculos>".

[174] SSTC 59/1985, de 6 de mayo, FJ.2; 203/1992, de 26 de noviembre, FJ.2 y 313/1994, de 24 de noviembre FJ. 6

aún más específica evitar graves riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública". (…) "*Por el contrario, habrán de incardinarse en la materia <espectáculos> las prescripciones que, velando por el buen orden de los mismos, se encaucen a la protección de las personas y bienes <a través de una intervención administrativa ordinaria –de carácter normal y constante->* (…) *de modo que, aun cuando la misma pueda conllevar la intervención de las fuerzas de seguridad, ello no se conciba como elemento integrante del sistema preventivo habitual del control del espectáculo. En suma, la policía de espectáculos se caracterizará por el hecho de que sus medidas o disposiciones permitan el desarrollo ordenado del acontecimiento, según la naturaleza del espectáculo de que se trate, sin necesidad de recurrir a medidas extraordinarias, pues cuando aquéllas puedan resultar insuficientes para garantizarlo será necesario arbitrar medidas de estricta <seguridad pública>* ".

Existe, con carácter general, una ley en cada comunidad autónoma que tiene por objeto organizar el desarrollo de los espectáculos, a través de la policía de espectáculos.[175]

[175]Esta es la relación de los textos normativos autonómicos vigentes en España: Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Andalucía; Ley 11/2005, de 28 de diciembre, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Aragón; Ley 7/2011, de 5 de abril, actividades clasificadas y espectáculos públicos de Canarias; Ley 7/2006, de 2 de octubre, de espectáculos públicos de Castilla y León; Ley 7/2011, de 21 de marzo, de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Castilla-La Mancha; Ley 11/2009, de 6 de julio, de espectáculos públicos y las actividades recreativas de Cataluña; Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Valenciana; Ley 4/2000, de 25 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de La Rioja; Ley 17/1997, de 4 de julio, de

Las distintas legislaciones autonómicas reguladoras de los espectáculos públicos coinciden en que su promulgación traía como causa la necesidad de proporcionar a los espectáculos públicos un marco normativo con rango de ley, toda vez que, hasta ese momento, la normativa existente poseía carácter reglamentario (REPAR).

Sirva como ejemplo la Ley de Aragón, en cuyo Preámbulo, apartado II, recoge que "*En la actualidad, el desarrollo de las actividades de ocio y el surgimiento de situaciones conflictivas determinan la necesidad social de emprender una regulación general de los espectáculos públicos, en el ejercicio de la competencia asumida en el artículo 35.1.39ª del Estatuto de Aragón.*

La circunstancia de que otras Comunidades Autónomas hayan ido estableciendo sus propias leyes en la materia permite contar con un importante caudal de experiencias, que es garantía de acierto de las soluciones normativas.

Por supuesto, la nueva regulación debe ser de rango legal, ya que a los representantes de la soberanía popular corresponde asumir las

---

espectáculos públicos y actividades recreativas de Madrid; Ley Foral 2/1989, de 13 de marzo, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Navarra; Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas del País Vasco; Ley 8/2002, de 21 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas del Principado de Asturias; Ley 2/2011, de 2 de marzo, de admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Región de Murcia y Decreto 292/2004, de 18 de noviembre, por el que se aprueba el catálogo de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad Autónoma de Galicia. Las Comunidades Autónomas de Islas Baleares, Cantabria y Extremadura han optado, por el momento, por la aplicación del derecho general supletorio, es decir, el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto (REPAR)

decisiones esenciales en esta materia. Ha de ponerse fin, así, a la inadecuada tradición reglamentaria. Por lo demás, la afectación de principios y derechos recogidos en la vigente Constitución exigen la aprobación de una norma con rango de Ley".

Junto a este, algunas legislaciones hacen referencia a otros motivos por los cuales han sido promulgadas dichas Leyes. Así, la compatibilización del principio de libertad con las necesarias condiciones de seguridad que deben observar los locales, recintos e instalaciones de esa índole y la salvaguarda de los derechos de espectadores y usuarios (Ley País Vasco), la necesidad de regular una intervención de los poderes públicos en el sector del ocio y del tiempo libre ante su importancia económica y carácter generador de empleo e inversiones (Ley madrileña), la necesidad de conjugar los intereses de los empresarios y organizadores de los espectáculos con los de los consumidores y usuarios (Ley andaluza), etc.

También los entes locales tienen competencia para intervenir en materia de policía de espectáculos puesto que, tal y como establece el artículo 1 RSCL, los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en el ejercicio de la función de policía. Ahora bien, en el derecho general estatal supletorio que establece el REPAR, el grueso de las competencias recaen en las autoridades gubernativas generales-estatales que se encargan de la seguridad ciudadana en sentido

estricto[176], mientras que a las entidades locales les corresponde la relativa a la resolución de las licencias de obras y/o apertura y funcionamiento de los establecimientos dedicados a los espectáculos.

La posterior legislación autonómica que sustituyó al REPAR en la ordenación de la materia ha mantenido, en general, esa idea de establecer en la Administración autonómica las competencias sobre los espectáculos y las actividades, correspondiendo a los entes locales la competencia para resolver las licencias de obras y de apertura y/o funcionamiento, aunque reconociéndoles un mayor protagonismo en la intervención sobre los espectáculos públicos y actividades recreativas.

El REPAR no establece una definición sobre lo que ha de entenderse por espectáculo público, actividad recreativa o establecimiento público.

Su artículo 1 recoge, dentro de su ámbito de aplicación, "*los espectáculos, deportes, juegos, recreos y establecimientos destinados al público, enumerados en el Anexo y a las demás actividades de análogas características, con independencia de que sean de titularidad pública o privada y de que se propongan o no finalidades lucrativas*". Se concluye, por tanto, que las enumeradas en el Anexo no son las únicas.

Siguiendo los criterios de DE LA MORENA, establecidos en la obra de Federico A. Castillo y Pilar Rojas,[177] se pueden distinguir unas

[176] Artículos 74 y 75 REPAR.

actividades de otras conforme a unos parámetros. DE LA MORENA distingue entre espectáculos públicos propiamente dichos (los del Anexo I.1) de los no propiamente dichos (Anexos I.2 y II.3)

En virtud de ello, los espectáculos públicos propiamente dichos son los celebrados en locales previa y expresamente construidos para la modalidad concreta del espectáculo que va a celebrarse, donde existe contraposición entre actores y espectadores y donde predomina el valor artístico y cultural.[178]

Los no propiamente dichos se diferencian por el hecho de que se celebran en locales o recintos abiertos o al aire libre o bien porque carecen o poseen un mínimo valor cultural, existiendo reglas de juego.[179]En todo caso, los espectáculos han de estar abiertos al público.

---

[177] CASTILLO BLANCO, F., ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P., Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Régimen Jurídico y Problemática actual, Editorial Lex Nova, Colección Derecho Público, 1ª Edición, Noviembre 2000, p.62

[178] Anexo I.1: Espectáculos públicos propiamente dichos: cinematógrafos, teatros, conciertos, circos, variedades y folklore, espectáculos taurinos, teleclubes, teatros, cines, circos y demás espectáculos ambulantes.

[179] Anexo I.2: Espectáculos y actividades deportivas en locales o recintos, concretamente en: campos de fútbol, campos de baloncesto, balonmano y balonvolea, pistas de tenis, pistas de patinaje y de hockey sobre hierba y sobre patines, velódromos, circuitos de carreras motociclistas y automovilistas, hipódromos, canódromos, campos de tiro, boleras, frontones, gimnasios y pistas de atletismo, piscinas, locales de boxeo, béisbol.

Anexo II.3: Espectáculos y actividades deportivas en espacios abiertos y especialmente: teatros, cienes y demás espectáculos de verano o al aire libre, regatas y otros espectáculos o actividades deportivas náuticas, espectáculos y actividades deportivas aeronáuticas, carreras ciclistas, motociclistas y automovilistas en las vías públicas, moto-cross, actividades y competiciones de esquí y pruebas de pedestrismo o maratones deportivos y populares.

Por su parte, las actividades recreativas se caracterizan por la inexistencia de una contraposición entre actor-espectador y por una participación activa de la persona que asiste. (Anexo III.4, 5 y 6)[180]

Por último, los establecimientos públicos, referidos a las actividades empresariales en las que el fin es la explotación de un negocio y la principal atracción es consumista. (Anexo IV) [181]

En cuanto al ámbito material de aplicación de la normativa autonómica, las legislaciones autonómicas remiten su aplicación, con carácter general, a todos los espectáculos y actividades recreativas que se celebren o practiquen en el ámbito de las respectivas comunidades, independientemente de su titularidad pública o privada.

Con excepción de la andaluza y la canaria, las legislaciones autonómicas remiten a desarrollo reglamentario la elaboración de catálogos de los espectáculos públicos sometidos a las mismas.[182]

---

[180] Anexo III. 4: Juegos de azar: casinos de juego, salas de bingo, máquinas recreativas y de azar, tómbolas y salones recreativos.

Anexo III.5: Atracciones y en concreto: atracciones y casetas de feria, parques de atracciones, parques zoológicos y safari-park.

Anexo III.6: Otras actividades recreativas: verbenas y fiestas populares, manifestaciones folklóricas, salas de fiesta de juventud, discotecas y salas de baile, salas de fiesta con espectáculos o pases de atracciones y festivales, concursos de canciones o similares.

[181] Anexo IV: Establecimientos públicos: restaurantes, cafés y cafeterías, bares y similares, cafés-cantantes, cafés-teatros, cafés-conciertos, tablaos flamencos, salas de exposiciones y conferencias.

[182] Como ejemplo, la Ley de Navarra, artículo 2: "Reglamentariamente se establecerá el Catálogo de locales y establecimientos, espectáculos públicos y actividades recreativas sometidos a esta Ley Foral, el cual deberá definir las diversas actividades en razón a su características propias y con arreglo a los siguientes criterios:…".

Destaca la particularidad de la Ley Canaria, cuya regulación legal ha de aplicarse a las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, a las que califica como actividades clasificadas y a los espectáculos públicos, estableciendo dos regímenes jurídicos diferentes: uno

La autonomía municipal atribuye a los ayuntamientos potestades de intervención en la actividad de los ciudadanos, como el sometimiento a licencia previa y otros actos de control preventivo, que en todo caso han de ajustarse a los principios de igualdad, proporcionalidad y favor libertatis.

2.2.3. Objeto de la intervención

El objetivo de la acción administrativa de la policía de espectáculos se circunscribe a la defensa y/o restauración del orden o tranquilidad público en relación con una serie de eventos o actividades realizados en lugares abiertos al público.

Se distinguen, por tanto, dos objetos de intervención. Por un lado, la actividad en que consiste el espectáculo y por otro, el establecimiento donde dicho espectáculo tiene lugar, lo que hace necesario delimitar los eventos y actividades y los lugares en los que se desarrollan para poder configurar la acción administrativa de intervención sobre ellos.

Siguiendo la línea general de la normativa de policía de espectáculos, la Ley de la Región de Murcia establece en su artículo 2.3 que se entiende por espectáculos públicos "*los actos organizados con la finalidad de congregar al público en general para presenciar una*

---

para las actividades clasificadas y espectáculos públicos que se desarrollen en establecimientos abiertos al público habilitados para ello, y otro de carácter específico, para los espectáculos que se desarrollen fuera de establecimientos permanentes habilitados al efecto, a cielo abierto o en estructuras desmontables.

representación, actuación, exhibición, proyección, competición de naturaleza artística, cultural, deportiva u otra de carácter análogo, orientados al entretenimiento o al tiempo libre, tengan o no finalidad lucrativa".

Las actividades recreativas son, a efectos de la referida Ley, "*las actividades que congregan al público con el objeto principal de participar en la actividad o recibir servicios con finalidad de ocio, entretenimiento o diversión*" y los establecimientos públicos, "*los locales, instalaciones o recintos dedicados a llevar a cabo en ellos espectáculos públicos y actividades recreativas*".[183]

Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la acción administrativa de policía de espectáculos, aquéllos que tengan carácter privado o que supongan el ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito laboral, político, religioso, sindical o docente, que quedan al margen de la policía de espectáculos pero entran en el régimen de los derechos fundamentales controvertidos, quedando sujetos los espacios en que se celebran tales espectáculos a las condiciones de seguridad generales.[184]

En el caso de ciertos espectáculos o actividades, como los taurinos, deportivos y de juego, algunas normas legales autonómicas prevén una legislación específica, como ocurre en Aragón, (art. 3), en

[183] En la misma línea, la Ley de Aragón, en su artículo 2.1 o la Ley de Cataluña en el artículo 3.1
[184] Artículo 2 de la Ley de Asturias, Artículo 4 Ley Aragón, Artículo 3 Ley de Murcia.

Murcia (art. 2) que añade actividades del sector turístico o en Castilla-La Mancha (art. 2), que se refiere también a los espectáculos pirotécnicos.

Entre los lugares o espacios donde se pueden desarrollar los espectáculos o actividades, a efectos de la policía de espectáculos, la normativa autonómica, como por ejemplo la de Castilla y León, distingue (art. 2) establecimientos públicos, instalaciones y espacios abiertos, cuya diferenciación tiene importancia a la hora de determinar el régimen de intervención al que están sujetos cada uno de ellos, sea licencia o autorización.[185]

Como en el presente trabajo lo que queremos es analizar la incidencia que puede tener esa intervención administrativa sobre la libertad de creación artística, los espectáculos que nos interesan son aquellos en los que existe esa labor de creación artística. Ocurre que las legislaciones poseen unas nociones de espectáculos tan genéricas, que queda desnaturalizada esa naturaleza cultural que restringe aún más la capacidad de intervención de la administración a la hora de imponer limitaciones a esos espectáculos.

[185] La Ley de Castilla y León define los establecimientos públicos como "aquellos edificios, locales o recintos accesibles a la concurrencia pública, en los que se ofrecen espectáculos o actividades con fines de ocio, entretenimiento, esparcimiento, recreo, evasión o diversión"; son instalaciones "las estructuras muebles permanentes o provisionales, portátiles o fijas, aptas para el desarrollo de espectáculos públicos o actividades recreativas" y espacios abiertos, "aquellas zonas, parajes o vías públicas, ubicados dentro de uno o varios términos municipales que, con independencia de su titularidad, sean aptos para el desarrollo de espectáculos públicos o actividades recreativas".

a) Intervención previa

En los casos en que los espectáculos públicos impliquen un uso del suelo, porque sea necesario llevar a cabo trabajos de construcción de algún tipo de instalación, requerirán, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la obtención de una licencia urbanística previa. Esto habilita a la Administración Pública para poder intervenir antes de que se lleven a cabo dichas tareas, por lo que sólo serán legítimas si poseen dicha licencia, pudiendo encuadrarse ésta entre las técnicas autorizatorias previstas en nuestro Derecho, ya que implica una prohibición general, con reserva de excepción a otorgar por la Administración municipal.

Otra técnica de control previo de los establecimientos e instalaciones dedicados a los espectáculos públicos y actividades recreativas la constituyen las licencias municipales de apertura y funcionamiento.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, que ejecuta la Directiva Bolkestein,[186] introduce unas formas de control de las actividades más eficaces y menos gravosas para los ciudadanos, al sustituir como medidas de control las autorizaciones y licencias por las comunicaciones y declaraciones responsables.

[186] Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios de mercado interior, conocida como Directiva Servicios o Directiva Bolkestein.

El objetivo de la Directiva se ha convertido en la regla general en todos los sectores de intervención, como queda acreditado con la introducción del artículo 39 bis en la LRJPAC por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en virtud del cual, "*las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias*".

Hay que optar por las medidas menos restrictivas, es decir, la comunicación previa y la declaración responsable. Esto se concreta en el artículo 84 bis LrBRL, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en el que se dispone que, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo, salvo que resultase necesario para la protección de la salud o seguridad públicas, el medioambiente, o el patrimonio histórico-artístico, o cuando requiriesen de un uso privativo y ocupación del dominio público pero, en todo caso, condicionando su exigibilidad a un juicio de necesidad y proporcionalidad.

Ocurre que, en materia de policía de espectáculos, la regla de intervención posterior que deriva de la referida Directiva, no es seguida de

manera general, puesto que sigue manteniéndose el antiguo régimen de sujeción a previa licencia de apertura y funcionamiento para los establecimientos dedicados a los espectáculos públicos. [187]

b) Control sobre el desarrollo de los espectáculos

Toda vez que el objeto de la licencia de apertura y funcionamiento recae sobre el espectáculo o actividad al que se dedica el establecimiento, es lógico que la legislación autonómica establezca como regla que la celebración de éstos en su interior no requiera de otra autorización particular.[188]

Por el contrario, en el caso de celebración de espectáculos en instalaciones o estructuras eventuales, portátiles o desmontables, es necesaria la obtención de licencia municipal previa para ese espectáculo concreto, ante la dificultad de realizar un control de seguridad de carácter general.[189]

[187] Sobre las licencias en los espectáculos públicos, ver DESCALZO GONZÁLEZ, A., "Las licencias en los espectáculos públicos y actividades recreativas", en Autorizaciones y licencias hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios" [PAREJO ALFONSO, Dir.], Administrativo Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 163-196.

[188] Art. 7.2 Ley de Aragón: "Los espectáculos públicos y actividades recreativas que tengan lugar de modo habitual en establecimientos o locales que cuenten con las preceptivas licencias, no necesitarán ninguna autorización adicional para su celebración, siempre y cuando el espectáculo o actividad sea el que figure expresamente consignado en la licencia".
Art. 7.1 Ley de Navarra: "Los espectáculos o actividades recreativas que tengan lugar de modo habitual en locales que cuenten con las correspondientes licencias no necesitarán de ningún otro trámite para su celebración".

[189] Art. 21.1 Ley de Aragón: "Precisarán licencia municipal los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos públicos que por su naturaleza requieran la utilización de instalaciones o estructuras eventuales, portátiles o desmontables con carácter no permanente".

No se trata de controlar el contenido propiamente dicho del espectáculo, sino de garantizar antes de su realización las condiciones de seguridad que se establecen para los establecimientos fijos.

Por la misma razón, para garantizar previamente las condiciones de seguridad, higiene y convivencia entre ciudadanos, es habitual en la acción de policía de espectáculos requerir licencia municipal para poder llevar a cabo espectáculos y actividades en edificios declarados de interés cultural, así como cuando tengan lugar en las vías públicas del término municipal o es espacios públicos.[190]

En todos ellos será necesario también, para obtener la licencia, que el organizador acredite tener un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles riesgos del evento.

Ratificando que la finalidad perseguida por la Directiva Bolkestein de eliminar los controles preventivos no ha calado en la policía de espectáculos, atendiendo a razones de interés general, hay que resaltar que en ciertos casos, la concesión de licencia para su celebración está

[190] Art. 20 Ley de Aragón: "Por motivos de interés público acreditados en el expediente, los Municipios podrán conceder licencia de funcionamiento, previos informes favorables de los órganos autonómicos competentes en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos y de patrimonio cultural, en edificios inscritos en el Censo General del Patrimonio Cultural Aragonés cuyas características arquitectónicas no permitan el pleno cumplimiento de las condiciones técnicas establecidas con carácter general, siempre que quede garantizada la seguridad y salubridad del edificio y la comodidad de las personas y la insonoridad del local y se disponga del seguro exigido en la presente Ley".

atribuida a la Administración autonómica sobre la misma base de garantizar la seguridad, higiene y convivencia entre los ciudadanos.[191]

En el ámbito estatal, el REPAR se centra en cuatro aspectos principales relativos a la celebración de los espectáculos: carteles y programas, venta de localidades, horarios y prohibiciones y suspensiones para su celebración, regulados en el Cap. V, Título II.

En virtud del artículo 62 REPAR, no podrá celebrarse ningún espectáculo o actividad recreativa pública sin que el Alcalde del municipio conozca el cartel o programa tres días antes, como mínimo, de que se den a conocer al público. Del mismo modo, junto a la documentación que corresponda, en función del espectáculo, habrá de presentarse la documentación acreditativa de la calificación por edades, obtenida del Ministerio de Cultura, sin lo cual no es posible su celebración.

En cuanto a los datos que han de contener los carteles, el REPAR recoge los siguientes: la denominación corriente de la clase de espectáculo o actividad a desarrollar; en su caso, el título de las obras y los nombres de sus autores o traductores; el nombre de los intérpretes, artistas o actores que hayan de actuar y, en su caso, el orden en el que lo harán; las fechas y horarios de las actuaciones o representaciones previstas; los precios de las distintas clases de localidades, incluidos los impuestos o tributos que las graven; las condiciones del abono para una

[191] Son los casos de actividades recreativas o deportivas que se desarrollen por más de un término municipal, actividades relacionadas con el juego, etc… que en todo caso no entran dentro de nuestro estudio al carecer de ese componente de creación artística.

serie de funciones y derechos que se reconozcan a los abonados, en su caso; la denominación social y domicilio de la Empresa y el nombre, apellidos y domicilio de su titular o representante; el nombre o razón social o comercial de la Empresa distribuidora, cuando se trate de películas cinematográficas y, en su caso, la calificación del espectáculo por edad, otorgada por el Ministerio de Cultura.

Sobre la base de esa información, continúa el artículo, las Autoridades gubernativas o municipales podrán, excepcionalmente, prohibir la asistencia de menores e incluso suspender o prohibir la presentación del espectáculo, en el ejercicio de las competencias que les corresponden para mantener el orden público, garantizar la seguridad ciudadana y proteger a las personas, especialmente a la infancia y la juventud.[192]

En cuanto a las prohibiciones y suspensiones, establece la posibilidad de prohibir los espectáculos públicos o diversiones públicas que sean inconvenientes o peligrosos para la juventud o la infancia, que puedan ser constitutivos de delito, impliquen crueldad o maltrato con animales o atenten gravemente contra el orden público o las buenas costumbres.

[192] El Real Decreto núm. 1189/1982, de 4 de junio, regula determinadas actividades contrarias a la moral y buenas costumbres, estableciendo, en su artículo 1, que la "publicidad de espectáculos cinematográficos, teatrales o de cualquier otra índole, que contenga imágenes obscenas o expresiones contrarias a la moral y buenas costumbres, solamente podrá efectuarse en el interior de los locales en que se celebren legalmente dichos espectáculos. Queda, en consecuencia, prohibida dicha publicidad en el exterior de los locales, vallas publicitarias, carteleras informativas o publicitarias de los periódicos y demás medios de comunicación social, si bien podrá efectuarse en publicaciones cuya venta se realice en los establecimientos a que se refiere el art. 3º" a los cuales, tendrán prohibida la entrada los menores de dieciocho años.

Preceptivamente, esa prohibición habrá de hacerse efectiva en los supuestos del art. 72 REPAR, esto es, si se carece de licencia o autorización necesaria, cuando exista peligro cierto de alteraciones graves del orden público, cuando puedan producirse daños a personas o cosas o en casos de epidemias, riesgo grave para la salud pública, catástrofes públicas o luto colectivo.

Si los espectáculos estuviesen desarrollándose ya, podrán ser suspendidos en cualquiera de los casos anteriores y, además, conforme al artículo 73 REPAR, cuando durante su celebración se produzcan tumultos, desórdenes o violencia, sin posibilidad de restablecer el orden de manera inmediata, cuando el local deje de cumplir las condiciones de seguridad e higiene necesarias con riesgo grave para las personas o las cosas, cuando su desarrollo suponga una clara transgresión, en perjuicio de la infancia y juventud, de la calificación por edad y en los casos en que proceda conforme a la legislación de propiedad intelectual.

La normativa autonómica detalla diversos supuestos que van desde prohibiciones delimitadas con cláusulas generales, alusivas a la naturaleza del espectáculo, como la del art. 3.1 a) de la Ley Andaluza, hasta cláusulas más concretas referidas a cuestiones como el atentado contra los derechos de las personas reconocidos en el Título I CE, los que inciten o fomenten violencia, racismo, xenofobia y hechos similares , contrarios a los derechos y deberes constitucionales y, fundamentalmente, al derecho de igualdad de todas las personas, o los

que impliquen crueldad, sufrimiento o maltrato animal y, en general, los que sean constitutivos de delito.[193]

Es importante que las autoridades locales, autonómicas y estatales evalúen y apliquen debidamente las normas de prohibición o suspensión de los espectáculos o actividades recreativas que se contemplan en las leyes autonómicas.

También están prohibidos los espectáculos que impliquen crueldad, sufrimiento o maltrato para los animales, lo que ha dado origen a numerosos debates. La preocupación por los animales, se ha traducido en el establecimiento de límites, obligaciones y deberes sobre las personas. Se ha establecido alrededor de los animales toda una serie de intereses públicos protegidos por la Administración Pública, habiéndose desarrollado el trato jurídico hacia los mismos a través de dos líneas de actuación: animales salvajes o silvestres por un lado y los animales domésticos y domesticados por otro.

Como hemos visto, el régimen jurídico de intervención sobre los espectáculos públicos atiende fundamentalmente a los fines de garantizar

[193]El Código Penal castiga en su artículo 510 la provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

El artículo 607.2 pena la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio. En relación, la STC 235/2007, 7 nov. sobre el "discurso del odio": forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión.

El artículo 525 prevé el delito de escarnio consistente en ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa.

la seguridad, salubridad y convivencia ciudadana frente a los riesgos que puedan derivarse del comportamiento de quienes organicen un espectáculo o actividad recreativa, participan en ellos o los presencian.

La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que asisten o participan a esos eventos adquiere gran importancia desde el punto de vista de la protección de los menores (arts. 18 y 20.4 CE) y del derecho a la igualdad (art. 14 CE)

Son las autoridades competentes las que deberán ponderar la libertad de creación artística por un lado y la protección de los menores por otro, a la hora de aplicar las prohibiciones establecidas en las leyes autonómicas. (art. 34 Ley Valencia).

En ese sentido deben entenderse y aplicarse las reglas sobre calificación de los espectáculos que se establecen en las leyes, que no constituyen una censura previa inadmisible en nuestro sistema constitucional, sino que sirven para proporcionar información suficiente sobre su contenido y se configuran como "*un fenómeno de intervención, de carácter negativo, restrictivo de actividades, que se hace eficaz mediante limitaciones* (…)*. Todo este conjunto, ligado a la calificación, se orienta a la protección de un bien constitucionalizado, como es la protección de la juventud y de la infancia* (art. 20.4 y en su caso art. 39.4 CE) *en relación con la sensibilidad moral del espectador medio. Se trata en este caso de una intervención coactiva de signo policial y de medidas negativas desestimatorias de una actividad*".

En cuanto a la garantía del derecho a la igualdad del art. 14 CE, el objetivo es erradicar cualquier situación abusiva o discriminatoria para las personas que pudiera darse con motivo de la facultad reconocida a los titulares de los establecimientos y organizadores de espectáculos de determinar las condiciones de acceso y permanencia. Los textos legales autonómicos establecen una regla general prohibitiva en el ejercicio del derecho de admisión, estableciendo una serie de situaciones legales en las que se puede impedir el acceso y permanencia. Las limitaciones generales responden a las limitaciones típicas de la policía de espectáculos tales como garantizar la seguridad ciudadana frente a los riesgos que, para personas o bienes, se pueden derivar del comportamiento de quienes participan en ellos o los presencien y asegurar la pacífica convivencia cuando pudiera ser perturbada por la celebración del espectáculo o el desarrollo de la actividad recreativa.

CONCLUSIONES

Dada la enorme importancia que adquiere la cultura en el libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos, la primera misión de la Administración, en un Estado de Cultura, es la de promoverla y fomentarla respetando su autonomía, de manera que ésta pueda evolucionar y progresar. Esto implica ya una necesaria abstención de la Administración a la hora de interferir en los asuntos culturales.

Existe una gran diversidad cultural y todas y cada una de las culturas han de ser respetadas y protegidas, constituyéndose un reparto de competencias concurrente en el que todos los entes públicos territoriales tomarán parte, quedando al margen de protección aquellas manifestaciones culturales que resulten contrarias a los derechos humanos o a los principios que favorezcan una convivencia pacífica.

Bajo estas premisas, se ha habilitado a la Administración para poder intervenir y limitar, circunstancialmente, el ejercicio de determinados derechos, entre los cuales, el de libertad de creación artística, siempre y cuando esa posibilidad venga establecida mediante ley, persiga la protección de un fin legítimo y las medidas limitadoras adoptadas sean necesarias y proporcionadas para la consecución de tal fin, respetando en todo caso el contenido esencial del derecho que se pretende limitar.

El derecho de libre creación artística regulado en el artículo 20.1 b) CE protege no sólo la fase creativa propiamente dicha, en la que no cabe imponer ningún tipo de límite, sino también la divulgación de la creación, momento en el que los intereses del arte pueden entrar en conflicto con otros intereses y en el que pueden entrar en juego las restricciones. En cualquier caso, con motivo de la función social que cumple este derecho, la peculiaridad de su objeto y su finalidad cultural, los límites que puedan imponerse a la libre creación cultural han de ser aplicados en un equilibrio distinto al del resto de libertades recogidas en el artículo 20.1CE, dado que el carácter artístico demanda un mayor margen de libertad.

De los límites establecidos expresamente en el apartado cuarto del artículo 20 CE, el que verdaderamente juega un papel relevante, respecto a la libertad de creación artística, es el de la protección de la juventud y de la infancia, desde el punto de vista de éstos como receptores de las creaciones, con el fin de evitarles que la recepción de determinados mensajes que sean contrarios a ciertos valores como tolerancia, pluralismo, igualdad, no discriminación o respeto a los demás, puedan ocasionarles un perjuicio en el desarrollo de su personalidad y de su conciencia. Se presupone que los adultos poseen la capacidad suficiente para protegerse a sí mismos de las obras de arte que puedan resultar perjudiciales en el sentido indicado, lo cual no priva que deban de ser debidamente informados de ciertos contenidos.

Una de las principales formas de manifestación de la cultura es a través de los espectáculos públicos de modo que, en aquellos espectáculos en los que existe un componente creativo, la función limitadora sobre éstos incide también sobre la libertad de creación cultural.

El primer problema se plantea ya con la noción de espectáculos públicos prevista en las legislaciones autonómicas y legislación estatal, puesto que son nociones tan genéricas y los catálogos de espectáculos incluidos tan extensos, que el matiz cultural que restringe la capacidad de intervención administrativa para imponer limitaciones a los mismos, queda desnaturalizado. Hay que, por tanto, identificar dichos espectáculos dentro del conjunto general para aplicarles los límites en la proporción correspondiente.

La regla general sobre el papel de la Administración, en relación a este tipo de espectáculos en los que prima el componente artístico o cultural, ha de ser la de la no intervención y, en caso de ser ésta necesaria, siempre a posteriori, facilitando el acceso a las diversas expresiones culturales que sean difundidas a través de éstos y contribuyendo al enriquecimiento cultural de la sociedad entera. Atrás ha quedado la censura previa, prohibida expresamente en el artículo 20.2 CE.

Más allá de exigir que se adopten las medidas oportunas para proporcionar la información necesaria sobre el contenido de la obra o

actividad artística y restringir la entrada a los menores para proteger el libre desarrollo de su personalidad, no cabe que la Administración limite el ejercicio del derecho de libertad de creación artística básicamente porque, a priori, se desconoce si dicho contenido va a poder ocasionar alguna alteración del orden público.

Por este motivo, es importante que las autoridades locales, autonómicas y estatales evalúen y apliquen debidamente las normas de prohibición o suspensión de los espectáculos ya que, si se exceden, no habrá intervención legítima, sino censura.

Caso distinto es el de su intervención, por motivos de seguridad, en el control de las instalaciones, no pudiendo ser considerada, dicha intervención, como un límite a la libertad de creación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Manual de Derecho Constitucional,* [BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, Coord.], Vol. II, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2012. 588 p.

AINIS, M., *Cultura e política*, Il modelo costituzionale, CEDAM, 1991.

ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Valencia; Tirant lo Blanch, 1999.

ÁLVAREZ, J.L., Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural, ESPASA-CALPE, 1992.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978* (Comentario Sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 217

BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Los Estudios sobre Administración en la España del Siglo XVIII*, Estudios de Administración, XXXVIII, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

BARILE, P., "Libertà di manifestazione del pensiero e libertà dell'arte nell'ordinamento italiano", en *Tutela, promozione e libertà dell'arte in Italia e Negli Stati Uniti* [a cura di Guido Clemente di San Luca], Consiglio Nazionale delle ricerche, Istituto per lo studio comparato sulle garanzie dei diritti fondamentali, Napoli, Griuffrè, Milano, 1990.

BARRANCO VELA, R. (director), BULLEJOS CALVO, C. (coordinador) y CAMPOS SÁNCHEZ, M.Á., *Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos*, Las Rozas, 2011.

BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el derecho internacional*, Madrid, Iustel, 2011.

BARROSO ASENJO, P.; LÓPEZ TALAVERA, M, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Madrid, Fragua, 1998.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derechos de autor y destrucción de la obra plástica”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 217-260.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en “Comentario al artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)], Tecnos, Madrid, 1989, pp. 19-31

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en “Comentario al artículo 10” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)], Tecnos, Madrid, 1989, pp. 205-245

BOBBIO, N., *Politica e cultura*, Turín:Einaudi, 1955.

BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de información* (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987) Trivium, Madrid, 1988.

CALVO GÓNZÁLEZ, J., “Libertad de expresión artística ¿Equilibrio de derechos o derechos en equilibrio?”, *DIKAIOSYNE Nº21, Revista Semestral de filosofía práctica*, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, Julio-diciembre 2008.

CARBALLEIRA RIVERA, T., “La protección de los bienes culturales en el ámbito español y europeo”, en Boletín CEDE-USC, abril 2013.

CASTILLO BLANCO, F., ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P., *Espectáculos públicos y actividades recreativas: régimen jurídico y problemática actual*, Valladolid, 2000.

COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo Español*, Tres Tomos, Colección Pensadores e Xuristas Galegos, Xunta de Galicia, Santiago, 1995.

D’ORSOGNA, D., “La libertad del arte y sus límites”, intervención en el Máster de gestión cultural, Universidad Carlos III, Madrid, Octubre 2014, www.decamaster.it/decablog/

DESCALZO GONZÁLEZ, A., “Las licencias en los espectáculos públicos y actividades recreativas”, en *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, [PAREJO ALFONSO, Dir.], Administrativo Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 163-196.

DI SAN LUCA, G.C., (a cura di), *Tutela, promozione e libertà dell'arte in Italia e negli Stati Uniti*, Giuffrè, Napoli, 1990.

DOMÉNECH PASCUAL, G., "La prohibición de los espectáculos taurinos: problemas constitucionales", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 40, pp. 71-111.

DOMÉNECH PASCUAL, G., "Libertad artística y espectáculos taurino-operísticos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 121, enero-marzo 2004, pp. 91-113.

EMBID IRUJO, A., Voz Libertad de cátedra, en AA.VV. Enciclopedia jurídica básica, Vol. III, Madrid, Civitas, 1995, pp. 4017 a 4020.

FAMIGLIETTI, G., Diritti culturali e diritto della cultura, G. Giappichelli editore-Torino, 2010.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Prohibiciones taurinas y Administración Pública: las sentencias del caso "Carmen de Távora" y el futuro de la fiesta de los toros", Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández [coord. por Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, Ricardo Alonso García], Vol. 1, 2012, pp. 1059-1088.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., Cultura y Derecho Internacional ("Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, nº 8"), Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Madrid, 2008.

FERRI, D., La costituzione culturale dell'Unione Europea, CEDAM, 2008.

FREIXES SANJUÁN, T., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las Libertades de la Comunicación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 15, 2003.

GÁLVEZ, J., "Artículo 44", en F. GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón]; *Curso de Derecho Administrativo,* 2 Tomos, Tomo I: decimoquinta edición, 2011, Tomo II: duodécima edición, 2011, Navarra, Civitas, Thomson Reuters.

GIANNINI, M.S., “I beni culturali”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976.

GÓMEZ-REINO, E., “Las libertades públicas en la Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución española*, Tomo I, Madrid, 1978, p. 50.

GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de cultura, Derechos culturales y Libertad religiosa*, Monografías, Civitas, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La pornografía en el Tribunal Constitucional (STC 52/1995, de 23 de Febrero)”. *REDA*, nº 91, Julio-septiembre 1996, pp. 467-475.

LACRUZ BERDEJO, J.L., “Comentario al artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.)], Tecnos, Madrid, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil III*, Derechos Reales. Volumen I, 3ª parte, Bienes Inmateriales, 2ª Edición, Bosch, Barcelona, 1989.

LATORRE LATORRE, V., *La protección penal del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Libertades públicas. Vol. I*, Fundación Universitaria San Pablo Ceu, Valencia, 1993.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud”, en VV.AA., Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque, Universidad de Valladolid, 1998, Vol. 1, pp. 13-48.

MINTEGUÍA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, [LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (Director)], Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, S.L., Madrid, 2006.

MONTILLA MARTOS, J.A., *Manual de Derecho Constitucional,* [BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, Coord.], Vol. II, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2012, Cap. XIX, pp. 194-226.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 4 Tomos, Tomo IV, 2011, Madrid, Iustel.

OLLERO TASSARA, A., "Derechos de autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate", *Poder Judicial*, nº 11, 1988, pp. 31-88.

OTERO LASTRES, J.M., "La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1 b) de la Constitución Española de 1978", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1986-2, pp. 370-379.

OTERO LASTRES, J.M., "Reflexiones sobre el concepto de novedad en materia de modelos industriales", *Actas de Derecho Industrial*, 5, 1978, pp. 371-383.

PADRÓS REIG, C., *Derecho y cultura*. Atelier, Barcelona, 2000.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, 3 Tomos, Tomo I: decimoséptima edición, 2008. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. Marcial Pons.

PIZARRO MORENO, E., "La disciplina constitucional de la propiedad intelectual", *monografías 788*, Tirant, Valencia, 2012.

PIZZORUSSO, A., Lecciones de Derecho Constitucional [RUBIO LLORENTE, Francisco, prol.] [JIMÉNEZ CAMPO, Javier, trad.] Vol. 1. 1ª ed. esp. Madrid: CEC, 1984.

PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

PRIETO DE PEDRO, J., "Artículo 44.1. El derecho a la cultura", en *Comentarios a la Constitución española de 1978.*

PRIETO DE PEDRO, J., "Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados", *Pensar Iberoamérica Revista de Cultura, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la cultura*, nº 1, Junio-Septiembre 2002.

PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, [FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, prol.] ("Estudios Constitucionales"), 4ª Reimpresión, Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

PRIETO DE PEDRO, J., Voz *Cultura*, en *Enciclopedia Jurídica Básica* [MONTOYA MELGAR, Dir.] Vol. I, Madrid, Civitas, 1995.

PRIETO DE PEDRO, J., Voz *Libertad de creación cultural*, en *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Madrid, Civitas, 1995, pp. 4026-4029.

PUY MUÑOZ, F., "Ensayo de definición de los derechos culturales" en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, núm. 5, 1988-89.

RIMOLI, F., *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1992.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1978", *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1998, pp. 233-326.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M; BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 1997

RUIZ-RICO, G., "Il Regime Costituzionale e Legislativo del Patrimonio Histórico, Artístico e Culturale Spagnolo", *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti* [MEZZETTI, L. (dir.)], CEDAM, Padova, 1995.

SAIZ GARCÍA, C., *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas (dirigida por F. VINCENT CHULIÁ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995

SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L., "I nuovi statuti autonomistici in Spagna: l'assetto delle competenze delle comunità autonome e i "nuovi" diritti culturali" in Aedon, n. 3/2008, www.aedon.mulino.it

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª edición, Madrid, 1914.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Fundamentos de Derecho Administrativo, 2ª Edición, Iustel, Madrid, 2009.

SILVEIRA, A., “O direito da União Europeia no domínio cultural e artístico”, inédito, sin publicar, Lecciones en DECA-Master, Nuoro, en fecha 10 de septiembre de 2011.

SPAGNA MUSSO, E., *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Nápoles: Morano ed., 1961.

VAQUER CABALLERÍA, M., *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*, Madrid; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1999.

WARNER, R., *La libertà e la creazione letteraria e artística*, Edizioni di comunità, Milano, 1950.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 309/2010 de 30 de julio (Recurso 127/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 854/2001 de 11 de julio.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 820/2003 de 16 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda de lo Penal) de 13 febrero 1981 (RJ 1981\549)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 2 febrero 1982 (RJ 1982\617)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 diciembre 1985 (RJ\1985\6320)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 junio 1987 (RJ\1987\4006)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8286)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 369/2009 de 21 mayo (RJ\2009\3188)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 214/2011 de 5 de abril (RJ\2011\3146)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981\6)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 12/1982, de 31 de marzo (RTC 1982\12)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 62/1982, de 15 de octubre (RTC\1982\62)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 52/1983, de 17 junio (RTC 1983\52)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 49/1984, de 5 abril (RTC\1984\49)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 59/1985, de 6 de mayo (RTC 1985\59)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 153/1985, de 7 noviembre (RTC\1985\153)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 159/1986, de 12 diciembre (RTC 1986\159)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 35/1987 de 18 marzo (RTC\1987\35)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 176/1995 de 11 diciembre (RTC\1995\176)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm.148/2000, de 1 junio (RTC 2000\148)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 154/2002, de 18 julio (RTC 2002\154)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 235/2007, de 7 noviembre (RTC 2007\235)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 51/2008 de 14 abril (RTC\2008\51)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Handyside contra Reino Unido, de 7 diciembre1976 (causa nº. 5493/72)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Müller y otros contra Suiza, de 24 mayo 1988 (causa nº. 10737/84)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Otto Preminger-Institut contra Austria, de 20 septiembre 1994 (causa nº. 13470/1987)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Wingrove contra Reino Unido, de 25 noviembre 1996 (causa nº. 17419/90)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Karatas contra Turquía, de 8 julio 1999 (causa nº. 23168/94)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Vereinigung Bildender Künstler-Wiener Secession contra Austria, de 25 enero 2007 (causa nº. 68354/01)