



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

DERECHOS CULTURALES EN CUANTO DERECHOS HUMANOS
Aproximaciones a su contenido y alcance desde el derecho internacional

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ANDRÉS MUÑOZ CÁRCAMO

Profesora guía: Rita Lages de Oliveira

Santiago, Chile

2016

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. DERECHO Y CULTURA	8
I. SOBRE LA COMPLEJIDAD DEL CONCEPTO DE CULTURA	8
II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA IDEA DE CULTURA	10
III. APROXIMACIONES A LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA CULTURA	20
CAPÍTULO II. EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	27
I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS	27
II. ACERCA DE LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS	31
III. SOBRE LA SUPUESTA DICOTOMÍA ENTRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	37
IV. PRINCIPIOS FORMALES QUE RIGEN LOS DERECHOS HUMANOS	46
V. INSTITUCIONALIDAD INTERNACIONAL RELEVANTE EN LA ESFERA CULTURAL	50
V. A. ÓRGANOS PERTINENTES AL INTERIOR DE LAS NACIONES UNIDAS.....	50
V. B. UNESCO: ESTRUCTURA Y FUNCIONES	52
V. C. OTRAS ENTIDADES INTERNACIONALES SIGNIFICATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA CULTURA.....	54
CAPÍTULO III. DERECHOS CULTURALES: APROXIMACIONES A SU CONTENIDO Y ALCANCE	61
I. HACIA UNA NOCIÓN DE DERECHOS CULTURALES.....	61
I. A. DERECHOS EXPRESAMENTE CULTURALES	64
I. A. 1. DERECHO A LA CIENCIA	66
I. A. 2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA AUTORÍA	68
I. A. 3. DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	70
I. A. 4. ¿EXISTE UN DERECHO AL ARTE?	73
I. A. 5. CONSIDERACIONES ULTERIORES SOBRE ESTE CATÁLOGO DE DERECHOS CULTURALES	76
I. B. DERECHOS CULTURALES COLECTIVOS: EL CASO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU PROYECCIÓN HACIA OTRAS MINORÍAS	78
I. C. IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL	90
I. D. DE LA DIMENSIÓN CULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA DIVERSIDAD CULTURAL	97
II. EL DERECHO DE TODA PERSONA A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL	103
II. A. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL DEL DERECHO.....	105
II. B. MARCO ANALÍTICO GENERAL: ELEMENTOS INTERRELACIONADOS DEL DERECHO	107
II. C. OBLIGACIONES JURÍDICAS DE LOS ESTADOS	111
II. C. 1. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS	112
II. C. 2. OBLIGACIONES BÁSICAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES.....	117
II. D. VIOLACIONES.....	119
OBSERVACIONES FINALES	126
CONCLUSIONES.....	131
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137

RESUMEN

Esta memoria tiene por objeto relacionar el derecho y la cultura mediante la presentación de los derechos culturales, una categoría de derechos humanos insuficientemente considerada y desarrollada. En primer lugar, se intenta responder la pregunta por el significado de la cultura a través de un sucinto recorrido por la historia de su idea. Esto permite delinear un concepto de cultura que se estima representativo de su amplitud y complejidad. Luego, se esboza el marco general del derecho internacional de los derechos humanos. Esto incluye una breve reseña de la historia del reconocimiento jurídico de estos derechos, para culminar con la descripción de la institucionalidad internacional relevante en la esfera de la cultura. Entre medio, se tratan cuestiones sustantivas relativas al entendimiento de los derechos humanos —la tesis de las generaciones, la supuesta dicotomía entre unos y otros derechos, y los principios formales que los rigen—, respecto de las cuales se entrega una lectura crítica. Finalmente, se ofrece un acercamiento a la noción de los derechos culturales, considerando el concepto de cultura alcanzado previamente y las herramientas que otorga el derecho internacional de los derechos humanos. Se propone un listado tentativo de derechos culturales individuales, con arreglo a las disposiciones expresas en la esfera de la cultura de los principales instrumentos normativos internacionales y se caracterizan brevemente, se aborda la cuestión de los derechos culturales colectivos, así como ciertos temas relacionados con los derechos culturales en general —los conceptos de identidad, patrimonio y diversidad cultural, entre otros—, para cerrar con un análisis detallado, basado en la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del derecho de toda persona a participar en la vida cultural, el derecho cultural más evidente del catálogo de derechos humanos y del que se derivan amplias implicaciones.

INTRODUCCION

C'est terrible, la culture est vraiment devenue le parent pauvre!

Diálogos de Exiliados, filme de Raúl Ruiz (1975)

Los derechos culturales son derechos humanos. Han sido consagrados jurídicamente por el derecho internacional de los derechos humanos en sus principales instrumentos normativos. A pesar de este reconocimiento, se aprecia un desconocimiento generalizado respecto de la existencia, contenido y alcance de dichos derechos. El hecho de que usualmente se les enuncie al final de las categorías de derechos humanos, solo después de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, indica ya su relegada situación. En general, los derechos culturales han recibido escasa atención de la academia y de la política, y no han sido estudiados, promovidos ni reconocidos suficientemente. Se ha señalado que constituyen una “categoría descuidada de derechos humanos”¹, mientras que han sido calificados como “el pariente pobre de los derechos humanos”². Y estas, como se verá, no son las únicas adjetivaciones que se han efectuado para hacer notar el desmejorado lugar de los derechos culturales. De un tiempo a esta parte, sin embargo, la dejadez en que se encontraban ha comenzado a revertirse. Ciertas iniciativas provenientes de distintos organismos de las Naciones Unidas, incluyendo la Unesco, y también de organizaciones civiles alrededor del mundo —por ejemplo, la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales de 2007—, han levantado interés en ellos, contribuyendo a clarificar su contenido y alcance, exponer su importancia y recordarle a los Estados que tienen obligaciones a su respecto.

Una de las razones de la postergación de los derechos culturales estriba en que resultan complejos de comprender. Y buena parte de estas dificultades conceptuales se derivan, en último término, de los problemas que suscita la idea misma de cultura. A primera vista, la palabra cultura (y sus derivaciones), encuentra múltiples usos y significados. Y si el propósito de esta memoria es alcanzar

¹ Esta expresión fue empleada por el académico polaco Janusz Symonides para titular un artículo dedicado a los derechos culturales. Véase SYMONIDES, Janusz (1998). “Cultural rights: a neglected category of human rights”. *International Social Science Journal*, N° 158, pp. 559-572.

² PRIETO DE PEDRO, Jesús (2004). “Derechos culturales y desarrollo humano”. *Pensar Iberoamérica*, N° 7 [artículo en línea], párrafo 1. Disponible en: <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

un entendimiento de los derechos culturales, no se puede sino partir por tratar de determinar o delimitar un concepto de cultura. Esto se intentará trazando un breve recorrido por la historia de la idea de cultura, con el propósito de arribar a una noción densa, antropológica de dicho concepto.

Hecho esto, y considerando que el objetivo de alcanzar una noción de derechos culturales se posa sobre la base de su entendimiento como derechos humanos, se requiere esbozar el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Para lo anterior, se reseñará sucintamente el desarrollo histórico del reconocimiento de estos derechos, lo que supone caracterizar la formación de la Organización de las Naciones Unidas y sus principales cuerpos normativos, además de la descripción de la institucionalidad internacional relevante en términos de su incidencia en el ámbito o esfera de la cultura. El derecho internacional de los derechos humanos, cuyo lenguaje se caracteriza por ser superlativo, con expresiones a menudo solemnes y grandilocuentes, se edifica, debido a sus propias características, como un soporte de la envergadura adecuada para hacer frente a la magnitud del concepto de cultura y sus implicaciones. A la vez, el derecho internacional sirve de fuente que permite concebir los derechos culturales desde una perspectiva general pues proporciona herramientas normativas e instrumentos jurídicos basales en los que se consagran estos derechos. Ahora bien, cabe prevenir que la lectura que aquí se ofrecerá se sostiene en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que se prescindirá del derecho interno chileno.

Los derechos culturales, en otra muestra de invisibilización, son frecuentemente subsumidos en la categoría de derechos sociales, enunciación que engloba de manera implícita a los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos sociales son usualmente vistos como derechos de segunda generación, es decir, como derechos consagrados con posterioridad a los derechos civiles y políticos, respecto de los cuales tendrían distintas características e implicaciones. Conforme a la concepción que divide los derechos humanos según generaciones, los derechos de segunda generación requieren medidas positivas para ser implementados efectivamente, por lo que conllevan una intervención activa del Estado y no su mera abstención (como ocurre en el caso de los derechos de primera generación, caracterizados por resguardar una esfera de libertad negativa). Pero dichas medidas no podrían ser inmediatas sino solo progresivas, ya que dependen de la capacidad económica del Estado. Así, los derechos de segunda generación debiesen entenderse como programáticos. Esta interpretación, sin embargo, resulta equívoca. La tesis de las generaciones de derechos humanos conduce al establecimiento de una dicotomía entre unos derechos y otros, lo que

permite a algunos incluso negar, o al menos dudar, la calidad jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero estos, al igual que los derechos civiles y políticos, son derechos humanos. Y todos los derechos humanos, como se verá, entrañan diversas clases de obligaciones que envuelven tanto medidas positivas como negativas por parte del Estado. Por lo demás, un entendimiento que distingue de manera tan tajante unos derechos humanos de otros va en contra de los principios de unidad que el propio derecho internacional de los derechos humanos propugna.

En cuanto a los derechos culturales, estos no deben ser vistos solamente como derechos a acceder a “productos culturales”, es decir, a bienes y servicios culturales. Esto constituiría una reducción de su alcance, toda vez que esta categoría de derechos se vincula con un vasto espectro de asuntos, incluidos los modos o formas de vida y la formulación de visiones de mundo; la libertad de expresión y de creación; la protección de la autoría y el fomento a la creatividad; la configuración de identidades culturales, tanto individuales como colectivas; el patrimonio cultural y su interpretación, acceso, salvaguardia y preservación; el acceso a la educación y a los beneficios del progreso científico; los modos de vida y la formulación de visiones de mundo; el ejercicio de prácticas culturales y el acceso, contribución y participación en la vida cultural.

En virtud de la amplitud de cuestiones que se relacionan con los derechos culturales, se ha señalado que estos presentan un “carácter transversal”, en el sentido de que pueden “solaparse” en las categorías de derechos económicos, sociales, civiles y políticos³. Se requiere entonces delimitar su dominio, por lo que se propondrá un catálogo acotado de derechos expresamente culturales, sobre la base de las referencias explícitas al ámbito cultural contempladas en los principales instrumentos normativos internacionales. Este catálogo es solo tentativo y encuentra una motivación también metodológica, dada la imposibilidad de abordar todos los temas relacionados con la esfera de la cultura. Se caracterizará brevemente cada uno de los derechos que conforman el conjunto de derechos culturales y también se abordarán algunos de los temas más relevantes que surgen a propósito de ellos, entre los cuales se encuentran los conceptos de identidad, patrimonio y diversidad cultural. También se tratará la cuestión de los derechos culturales colectivos, efectuando al respecto una distinción y clarificación entre las ideas de derechos colectivos y dimensión colectiva de los derechos. Luego, el énfasis vendrá en el más evidente y amplio de los derechos humanos que

³ DONDERS, Yvonne (2004). “El marco legal del derecho a participar en la vida cultural” [artículo en línea], p. 2. Disponible en: http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals82.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

comprenden el catálogo de derechos expresamente culturales: el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, reconocido en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15, párrafo 1, letra a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este derecho ha sido observado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su contenido condensa varios de los temas antes señalados. En síntesis, puede caracterizarse como un “derecho a la cultura”, en el sentido de que propende a conservar y promover la cultura, lo que implica poder acceder, contribuir y participar en ella.

Ahora bien, para intentar reflejar en la investigación todo lo anteriormente propuesto, se recurrió al método analítico para, en el capítulo I, abordar fundamentalmente la idea de cultura y algunas de sus implicaciones, en particular en su relación con el derecho, por lo que se plantearán cuestiones de orden filosófico derivadas del estudio de aquel concepto. Así, se echará mano primordialmente de algunos autores que tratan la noción de cultura desde la filosofía y las ciencias sociales. En el capítulo II, en tanto, se presentará el marco internacional de los derechos humanos, lo que comprende la descripción de las principales organizaciones e instrumentos normativos internacionales, junto con las entidades relevantes en materia cultural, así como el estudio de algunos asuntos sobre la naturaleza de dichos derechos. Las fuentes a utilizar serán tanto dichos instrumentos como cierta doctrina jurídica sobre derechos humanos. La metodología utilizada se revela esencial para, en el capítulo III, por último, proponer un listado de derechos culturales, observar otros temas significativos vinculados a estos derechos, y examinar con detención el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Para ello, se recurrirá principalmente a instrumentos internacionales, tanto de las Naciones Unidas como de la Unesco, al igual que a doctrina jurídica especializada y a otras referencias bibliográficas relativas a cada tema particular.

Finalmente, cabe indicar que la presente memoria plantea diversos desafíos. Tal como el concepto de cultura, los derechos culturales son difíciles de articular. Resultan derechos amplios y complejos. Esto no significa, sin embargo, que su aproximación sea en vano. Por el contrario, constituye una empresa útil. Los derechos culturales necesitan ser pensados, debatidos y promovidos, además de respetados, protegidos y cumplidos. La dualidad existente entre la necesidad de clarificar el contenido y alcance de estos derechos, y la exigencia de resguardarlos, no debe ser vista como una contradicción, pues bien pueden ir de la mano. El primer paso para avanzar en su entendimiento y desarrollo como derechos es que se tome conciencia de ellos y sean tratados como tales.

CAPÍTULO I

DERECHO Y CULTURA

I. SOBRE LA COMPLEJIDAD DEL CONCEPTO DE CULTURA

El ensayista galés Raymond Williams ha dicho que cultura es una de las dos o tres palabras más complicadas en lengua inglesa⁴. Lo cierto es que es un concepto complejo en cualquier idioma. Esto se debe, en buena parte, a que la voz cultura encuentra innumerables usos, tanto en el lenguaje cotidiano como en el discurso público. Pero también en la academia. La cultura es un objeto de estudio para distintas disciplinas intelectuales, y en todas ellas se examina con diferentes funciones y propósitos. Intentar definir el término lleva a un ineludible “dolor de cabeza”, según sugiere un sociólogo chileno que habla de “la indefinición del concepto de cultura”⁵.

El Diccionario de la Lengua Española otorga pistas al indicar cuatro acepciones fundamentales de la voz cultura. Primero, cultura significa simplemente “cultivo”. En segundo lugar, se entiende como “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”. Tercero, es también el “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”. Por último, y advirtiendo que se encuentra en desuso, el diccionario señala que cultura denota “culto religioso”. Ahora bien, mientras algunos usos de la voz se corresponden con estas acepciones, hay otros que no. Por ejemplo, cultura se puede usar para describir ciertas formas de conocimiento cultivadas por la lectura y una preocupación especial por algunos campos intelectuales como el arte, la filosofía, la historia, la literatura o la ciencia. En este sentido, se emplean los adjetivos derivados “culto” o “cultivado” para hablar de una persona que posee un algún grado de conocimiento respecto de uno o más ámbitos calificados, mientras que al hombre poco instruido en estas disciplinas se le amonesta llamándole “inculto”. Si bien podría insertarse dentro de la segunda acepción antes señalada, este uso conlleva implicaciones que

⁴ WILLIAMS, Raymond (1983). “Culture”. En: *Keywords. A Vocabulary of Culture and Society*, New York: Oxford University Press, p. 87.

⁵ Véase GÜELL, Pedro (2008). “¿Qué se dice cuando se dice cultura? Notas sobre el nombre de un problema”. *Revista de Sociología*, N° 22, pp. 38-41.

exceden el significado que el diccionario proporciona⁶. La voz cultura también se puede emplear para señalar rasgos distintivos de una época o de un pueblo determinado, y efectuar diferenciaciones entre estos (como quien compara la “cultura inca” con la “cultura maya”). Esta forma de uso se encuadraría con la tercera acepción del diccionario. Pero si la palabra se usa para, por ejemplo, designar los gustos o hábitos de un grupo social y contraponerlo a otro (“cultura de élite” y “cultura de masas”; “alta cultura” y “cultura popular”), la cuestión no parece tan clara. Mencionemos también que el adjetivo “cultural” puede añadirse a casi cualquier sustantivo (“agenda cultural”, “bagaje cultural” o “consumo cultural”, por nombrar algunos), lo que amplía todavía más el espectro del significado de su significado⁷.

En definitiva, el diccionario no salva el problema. Cotejar las acepciones que aquel ofrece con algunos de los usos de la palabra cultura no es suficiente para delinear un concepto satisfactorio, esto es, que dé cuenta de toda su complejidad. Así, permanece relativamente irresuelta la pregunta sobre el contenido de la cultura. A modo de anécdota, en un discurso oficial ante la Asamblea Nacional de Francia mientras ejercía como ministro de Asuntos Culturales de ese país, André Malraux relató “no saber qué es la cultura”⁸. Ante la indeterminación, cultura puede ser todo. Y si todo es cultura, nada es cultura. O cualquier cosa puede serlo. El poeta chileno Raúl Zurita se ha cuestionado: “¿qué es cultura? Cultura es todo. Pero qué avanzamos con eso, qué hemos ganado haciendo esa definición. Absolutamente nada”⁹. Pese a que no resulte sencillo indicar con claridad de qué se habla cuando se habla de cultura, no se puede dudar de que algo como la cultura existe. Un breve recorrido por la historia de la idea puede ofrecer mayores luces en orden a esclarecer su significado.

⁶ El antropólogo peruano Fernando Silva Santisteban ha reparado en que esta forma de uso resulta de una contracción elitista de la idea de cultura, que pretende afirmar que la ilustración, “el refinamiento intelectual y la depuración estética”, junto con ciertas maneras elegantes, corresponden exclusivamente a los sectores más cultivados de las clases sociales dominantes. Mientras que el sociólogo polaco Zygmunt Bauman ha señalado que dicho uso representa una “noción jerárquica de cultura”. Véase SILVA SANTISTEBAN, Fernando (1998). “Variaciones sobre un mismo término (los problemas de la cultura)”. *Lienzo*, N° 19, p. 10; BAUMAN, Zygmunt (2002). *La Cultura como Praxis* (traducción de Albert ROCA ÁLVAREZ). Barcelona: Paidós, pp. 103-118.

⁷ En este sentido, Pedro Güell sostiene que con el llamado “giro cultural” ocurrido en la década de 1980 —una tendencia que advirtió la sociología estadounidense— prácticamente todos los fenómenos sociales comenzaron a ser entendidos como fenómenos culturales y así, por citar otros ejemplos, los cuerpos, los géneros o las industrias sido calificados de culturales. Véase GÜELL (2008), p. 38.

⁸ En el discurso de presentación del presupuesto del Ministerio que encabezaba, de fecha 9 de noviembre de 1963. Disponible en: http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/andre-malraux/discours/malraux_9nov1963.asp [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

⁹ ZURITA, Raúl (2015). “Cultura, una palabra arrasada”. *Observatorio Cultural*, N° 28, pp. 4-5.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA IDEA DE CULTURA

Etimológicamente, la palabra cultura proviene de su homónima en latín, que es una derivación del verbo *colere*, cuyo significado es “cultivar” (también “cuidar” o “labrar”). En su sentido original, entonces, cultura denota cultivo y su uso se asociaba a la labor agrícola. De allí “agricultura”. Una acepción más amplia se inicia con Cicerón. En su obra aparecida por el 45 antes de Cristo, las *Tusculanæ Disputationes*, el romano escribió: *cultura animi philosophia est* (“el cultivo del alma es la filosofía”¹⁰), extendiendo la idea del cultivo, ahora en un sentido figurado, a la formación intelectual y espiritual del ser humano, en el entendido que la filosofía era el medio óptimo para dicha formación. A partir de Cicerón, la cultura remite a un estado o situación que no procede de la naturaleza del humano, esto es, que no se da por nacimiento, sino que se adquiere mediante el desarrollo del espíritu, de las facultades humanas. Para los griegos esta formación residía en el concepto de *paideia* (παιδεία), que implicaba un ideal de educación, consistente en un ejercicio constante de reflexión que debían adquirir los miembros de la polis, especialmente los niños y jóvenes, a quienes había que enseñar para introducirlos en el mundo humano.

Aquel sentido de la palabra cultura, como cultivo del alma (o cultivo del espíritu) habría perdido lugar en la Edad Media debido a la influencia del cristianismo. La cultura adquirió un sentido metafórico, significando “culto u homenaje que se rinde a Dios”¹¹, mientras que —siguiendo los cánones religiosos— el ideal de formación personal se designó a través de las palabras latinas *moderatio* o *perfectio*¹². El uso de la expresión *cultura animi* se recuperaría recién en el Renacimiento, a partir de la obra del humanista valenciano Juan Luis Vives¹³. En su tratado *De Disciplines* de 1531, Vives

¹⁰ Comentando y refutando una sentencia del poeta de Pésaro, Lucio Accio (170–86 a. C.), sobre los frutos que dan los simientes incluso en terrenos malos, Cicerón escribió (se reproduce el extracto pertinente): *Cultura autem animi philosophia est; haec extrahit vitia radicitus et praeparat animos ad satum accipiendos eaque mandat eis et, ut ita dicam, serit, quae adulta fructus uberrimos ferant. Agamus igitur, ut coepimus* (“Ahora bien, el cultivo del alma es la filosofía; ella extirpa los vicios de raíz, prepara las almas para recibir las semillas, se las confía y, por decirlo así, siembra unas semillas que, cuando se han desarrollado, producen frutos ubérrimos”). El libro II de la obra, en latín, se encuentra disponible en: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/tusc2.shtml> [última consulta el 1 de diciembre de 2016]. Mientras que este pasaje, en español, se encuentra en: CICERÓN (2005). *Disputationes Tusculanas* (traducción de Alberto MEDINA). Madrid: Gredos, p. 214 (libro II, párrafo 13).

¹¹ El significado predominante de cultura en el periodo medieval equivale a la cuarta y última acepción del diccionario que se ha citado, actualmente en desuso.

¹² SOBREVILLA (1998), p. 16.

¹³ SILVA SANTISTEBAN (1998), p. 15; véase también SOBREVILLA (1998), “Idea e historia de la filosofía de la cultura en Europa e Iberoamérica. Un esbozo”. En: David SOBREVILLA (editor), *Filosofía de la Cultura* (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 15). Madrid: Trotta, pp. 16-17.

empleó la antedicha expresión junto con otras tales que *animum excolere*, *animam formare* o *cura animi* para referirse a la actividad formativa del hombre, especialmente en relación a “las artes” (con lo que se englobaba también a las letras, la filosofía y las ciencias). Al examinar críticamente el estado de los conocimientos de su época —una en que la fe religiosa dejaba de ser el valor supremo para algunas minorías ilustradas, cediendo ante las llamadas artes—, Vives terminó rechazando la idea según la cual el desarrollo de las disciplinas debía basarse en una emulación sin más de los antiguos, pues comprendía que el legado clásico se había corrompido y que era necesario depurarlo, purificarlo y enriquecerlo. Según José Ortega y Gasset, la obra de Juan Luis Vives dio pie para entender que la cultura concierne al hombre y el tiempo en el que vive¹⁴.

La extensión de la idea de cultura, ya no como mero cultivo, sino como un proceso de desarrollo humano, se habría consolidado en el siglo XVII, primero gracias al filósofo y Gran Canciller de Inglaterra Francis Bacon y luego con el trabajo del pensador alemán Samuel von Pufendorf¹⁵. En *The Advancement of Learning* de 1605, Bacon escribió sobre *the culture and manurance of minds* (“la cultura y el cultivo de las mentes”)¹⁶. Utilizó también la expresión latina *cultura animi*, junto con *georgica animi* (en referencia a *Georgica*, poema de Virgilio que versa sobre las labores agrícolas), expresiones que para Bacon formaban parte de la ética, por cuanto entendía que en el cultivo de las facultades intelectuales reside una técnica para lograr la felicidad. Por su parte, von Pufendorf distinguió la *cultura animæ* —ligera variación de *cultura animi*—, con la que designó los conocimientos y actividades que permiten superar la naturaleza y dominarse a sí mismo, de la otra expresión *cultura vitæ*, que usó para indicar el cultivo o cuidado del ser humano y que comprende tanto al ser individual como al ser social o *socialitas*. En su obra escrita en latín sobre el derecho natural y de gentes (*De Jure Naturæ et Gentium* de 1672), von Pufendorf sostuvo también que el cultivo del hombre lleva al *status civitatis*, caracterizado por el desarrollo de un conjunto de

¹⁴ El filósofo madrileño incluso afirmó que la obra de Vives es “la primera reflexión del hombre occidental sobre su cultura”. Véase ORTEGA Y GASSET, José (1965). “Juan Vives y su mundo”. En: *Obras Completas*, tomo IX. Madrid: Revista de Occidente, pp. 537-538.

¹⁵ SOBREVILLA (1998), p. 17.

¹⁶ Citado en WILLIAMS (1983), p. 87. Según este último autor, la idea de proceso de desarrollo humano —en conjunto con el significado genérico de cultivo— fue el principal sentido de la palabra cultura desde el siglo XVI hasta fines del XVIII o comienzos del XX. Autores como Bacon utilizaron la palabra cultura en este sentido metafórico. Así, recuerda un pasaje de *Leviathan* de Thomas Hobbes: *a culture of their minds*. Hobbes utilizó esta expresión para referirse a la educación de los hijos. El fragmento pertinente —según la edición más leída de dicha obra en español— dice así: “la labor aplicada a la tierra se llama cultivo, y la educación de los hijos es un cultivo de su entendimiento”. HOBBS, Thomas (2005). *Leviatán* (traducción de Manuel SÁNCHEZ SARTO). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 296.

actividades, descubrimientos e instalaciones adquiridas o creadas mediante el esfuerzo humano, estado que se opone a la situación de *status naturalis* o *barbaries*, pues esto último representa lo que solo se da por naturaleza¹⁷. Este aporte, por lo demás, añade el componente de la cultura a la dicotomía hobbesiana entre estado de naturaleza y estado civil de la que surge el Estado y el derecho.

A mediados del siglo XVIII, la élite intelectual europea comenzaba a tomar conciencia de que el avance de las diversas disciplinas del saber conducía a un punto de inusitada acumulación de conocimiento, lo que formulaba nuevas preguntas y abría campos de estudio, a la vez que se confiaba en la capacidad del ser humano para enfrentar y dar respuesta a estas cuestiones. En efecto, ya se encontraban aproximaciones al pensamiento antropológico moderno en los ilustrados franceses, especialmente en Montesquieu¹⁸. En *De l'Esprit des Lois* (1748), a partir de un análisis de leyes¹⁹, el barón de *La Brède* reparó en instituciones y elementos culturales —constituciones, educación, posición de las mujeres, leyes positivas, comercio, religión, entre otros— de diversas sociedades, antiguas y contemporáneas a su época, tanto de las que tuvo experiencia (las europeas) como de otras sobre las que leyó (Grecia, Roma, China, India y Turquía, entre otros lugares) para comparar sus modos de vida social, en un "claro y persistente intento de establecer una clasificación científica de los tipos de sociedad humana y poner de manifiesto los rasgos

¹⁷ RITTER, Harry (1986). "Culture". En: *Dictionary of Concepts in History*. Connecticut: Greenwood Press, p. 94.

¹⁸ Montesquieu es considerado uno de los fundadores de la antropología moderna. De hecho, una de las figuras más destacadas de esta disciplina en el siglo XX, el inglés E. E. Evans-Pritchard, lo situó como el autor inicial del pensamiento antropológico. Además, se le reconoce como el precursor de la antropología jurídica. Según Silva Santisteban, Montesquieu entendía que el derecho es algo propio de cada sociedad, por lo que no podría ser traspasado a otra con éxito. Del mismo modo, la antropóloga chilena Milka Castro Lucic señala que el pensador de la Ilustración consideraba que la ley (positiva) constituye uno de los componentes fundamentales de cada sistema sociopolítico, es decir, algo esencial de cada sociedad, tiempo y lugar, razón por la que no estuvo de acuerdo con la posibilidad de transferir un derecho de una sociedad a otra. Esta autora termina afirmando que "por su reconocimiento de la diversidad del derecho, podría ser considerado el primer antropólogo, pero también como el primer antropólogo legal del periodo moderno". Véase EVANS-PRITCHARD, Edward Evan (1987). *Historia del Pensamiento Antropológico* (traducción de Isabel VERICAT). Madrid: Cátedra, pp. 43-52; SILVA SANTISTEBAN, Fernando (2000). *Introducción a la Antropología Jurídica*. Lima: Fondo de Cultura Económica-Universidad de Lima, p. 29; CASTRO LUCIC, Milka (2014). "Los puentes entre la antropología y el derecho". En: Milka CASTRO LUCIC (editora), *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. Santiago: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 21.

¹⁹ Montesquieu entendió la ley en distintos sentidos. Distinguió entre ley natural, a la que están sometidos los animales, y ley positiva, que es característica de las sociedades humanas. Cabe precisar que al hablar de leyes, Montesquieu aludía a un concepto general que hace referencia a los hechos sociales. Es decir, utilizaba un sentido científico moderno y no el sentido moral (ni específicamente jurídico) de su época. Véase EVANS-PRITCHARD (1987), pp. 44-45.

importantes de cada tipo"²⁰. Montesquieu sería relevado en este esfuerzo por Turgot (especialmente en *Tableau Philosophique des Progrès Successifs de l'Esprit Humain*, discurso pronunciado en la Sorbona en 1750) y Voltaire (su *Essai sur les Moeurs et l'Esprit des Nations* de 1756 es una obra de "filosofía de la historia", como el propio título de su introducción indica).

El ímpetu de la Ilustración consolidó entonces el ideal según el cual el uso de la razón —en otras palabras, el cultivo del entendimiento propio— haría al hombre libre y autónomo. Esto condujo a entender que la cultura no es solo el cultivo de las capacidades intelectuales, sino que supondría algo objetivo relacionado a ella y al desarrollo o progreso de la humanidad, o bien de un grupo humano en particular. Aunque el interés en las formas de vida ajena no era algo completamente novedoso para la época, el enfoque basado en las prácticas distintivas de los pueblos emergía como un importante aspecto del estudio histórico, no obstante para referirse a estos asuntos se prefiriera el término civilización por sobre el de cultura²¹.

Desde entonces, la noción de humanidad y de cultura se vieron estrechamente relacionadas. Mientras la humanidad se entendía como un conjunto de pueblos diversos, la cultura implicaba la idea de su progreso o desarrollo. Según los antropólogos estadounidenses Alfred Kroeber y Clyde Kluckhohn, cultura era usada por los historiadores como "grado al cual la humanidad ha progresado" al tiempo en que la palabra se estableció en lengua alemana, hacia fines del siglo XVIII²². Williams ha afirmado que el sustantivo cultura pasó del francés al alemán como sinónimo de civilización, bajo dos sentidos: primero, en uno más abstracto referido al proceso general de devenir civilizado o cultivado; segundo, como una descripción del proceso secular de desarrollo humano²³. Cabe hacer notar que la filosofía alemana de la época se vio dividida entre quienes mostraron un mayor interés por examinar la idea de espíritu²⁴ —entre ellos, notablemente Hegel— y quienes optaron por un "camino antropológico", centrado en el estudio de las costumbres o prácticas distintivas de los

²⁰ EVANS-PRITCHARD (1987), p. 45.

²¹ KROEBER, Alfred & KLUCKHOHN, Clyde (1952), *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*. Cambridge: Harvard University, p. 3.

²² KROEBER & KLUCKHOHN (1952), p. 18.

²³ WILLIAMS (1983), p. 89.

²⁴ La idea de espíritu designa algo inmaterial concerniente a la racionalidad humana y a los fundamentos de los fenómenos observables. El Diccionario de la Lengua Española establece entre las principales acepciones de espíritu las siguientes: "ser inmaterial dotado de razón", "alma racional" y también "principio generador, carácter íntimo, esencia o sustancia de algo".

pueblos²⁵. Entre estos últimos, destaca Johan Gottfried Herder, filósofo prusiano que fuera discípulo de Kant. En su obra *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (en español, *Ideas para una Filosofía de la Historia de la Humanidad*), contentiva de una veintena de libros publicados sucesivamente entre 1784 y 1791, Herder indagó —especialmente en los libros XI a XX— en los valores peculiares de distintos pueblos, construyendo su concepto de cultura en torno a la idea de progresiva cultivación o desarrollo de las facultades del hombre²⁶. Williams añadió que Herder atacó la idea eurocéntrica, basada en una concepción unilineal de la historia universal, según la cual humanidad habría llegado a un punto culminante y dominante en el siglo XVIII, a la vez que afirmó la necesidad de hablar de culturas en plural, para así poner atención en las culturas de diferentes naciones y periodos, pero también sobre las culturas específicas de grupos sociales y económicos dentro de una nación²⁷.

A mediados del siglo XIX, la preferencia hegeliana por lidiar con el concepto de espíritu (*Geist*) en lugar al de cultura —para ese entonces, todavía se escribía *Cultur*; solo a fines de dicho siglo cambiaría a *Kultur*— había cedido y la palabra cultura se volvió dominante en su propio ámbito²⁸. En este contexto surge el trabajo de Gustav Friedrich Klemm, quien también es citado como parte relevante de la historiografía de la cultura. En su *Allgemeine Culturgeschichte der Menschheit* (puede ser traducido al español como *Historia General de la Cultura en la Humanidad*), obra de 10 volúmenes publicada entre 1843 y 1852, Klemm realizó un estudio etnográfico en el que examinó costumbres, habilidades, religión, estado de las artes y ciencias, entre otros aspectos de algunos pueblos y tribus, empleando referencias a etapas o niveles (*Stufen*) de cultura. Estas etapas o fases de cultura, que se pueden interpretar como “condiciones de la cultura”, equivaldrían a un cierto progreso empíricamente observable en el acto de devenir cultivado o civilizado. El autor alemán distinguió para ello un rango que va desde la etapa más baja, el “estado de salvajismo”, a la fase más alta observada, representada por la cultura europea de la época²⁹. Resulta curioso que, siendo un relevo de Herder en la incubación de una noción antropológica de la cultura, Klemm terminara concluyendo de manera totalmente opuesta a su predecesor.

²⁵ SOBREVILLA (1998), p. 18.

²⁶ KROEBER & KLUCKHOHN (1952) p. 22.

²⁷ WILLIAMS (1983), p. 89.

²⁸ KROEBER & KLUCKHOHN (1952), p. 26.

²⁹ KROEBER & KLUCKHOHN (1952), pp. 9 y 24-25.

Ahora bien, se reconoce en el inglés Edward Burnett Tylor al autor que introdujo en lengua inglesa un concepto antropológico de cultura. En la primera página de *Primitive Culture*, libro de dos volúmenes publicado en 1871, Tylor definió la cultura como “ese complejo conjunto que incluye el conocimiento, las creencias, las artes, la moral, las leyes, las costumbres, y cualesquiera otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad”³⁰. Uno de los méritos de esta definición estriba en haber agrupado, por una parte, el conjunto de aspectos más significativos que, siendo transversales en cuanto a estar presentes en cualquier sociedad humana, hacen de estas distintivas de otras y, por otra, aterrizó la abstracción al hablar del humano dentro de dicha sociedad. Para Tylor, la cultura es vista como una ciencia (el capítulo I del libro se titula “La ciencia de la cultura”), esto es, un objeto susceptible de ser estudiado empíricamente bajo parámetros objetivos —aplicados en las ciencias de la naturaleza, como la ley de causa y efecto, según la cual “todo hecho depende de lo que se ha producido antes de él, y actúa sobre lo que se producirá después”— que explicarían la tendencia uniforme de la cultura hacia su desarrollo, así como la posibilidad de distinguir y clasificar los pueblos según sus fases de progreso o evolución. En este esquema, la tesis del autor sostiene que el estado salvaje representa una “primera condición de la humanidad”, a partir de la cual se ha desarrollado o ha evolucionado, gradualmente, la cultura superior³¹. Así, mientras “las tribus salvajes” se ubican en el extremo inferior del progreso cultural, “el mundo ilustrado de Europa y de América” sitúan a sus propios pueblos en el otro extremo de la serie social, distribuyendo “el resto de la humanidad entre esos límites, según se acerquen más o menos a la vida salvaje o a la culta”³². Se evidencia que su conclusión es similar a la de Klemm. No obstante, lo más relevante de su trabajo fue haber propuesto un concepto y una aproximación a la cultura que permitió concebirla como un objeto de estudio singular. Bauman, resumiendo la formulación de Tylor, caracteriza su influencia al decir que este “invitó a los científicos sociales a aproximarse a la condición de la cultura”, introduciendo un concepto definido en la antropología británica, que pasaría a la norteamericana y luego se insertaría en el discurso sociológico³³. Así, se

³⁰ TYLOR, Edward Burnett (1977). *Cultura Primitiva* (traducción de Marcial SUÁREZ), vol. I, “Los orígenes de la cultura”. Madrid: Ayuso, p. 29.

³¹ TYLOR (1977), pp. 29-30.

³² TYLOR (1977), p. 41.

³³ BAUMAN (2002), pp. 315-316.

puede afirmar que es con Tylor que se inicia “la compleja historia moderna” del concepto de cultura³⁴.

En su publicación de 1952, Kroeber y Kluckhohn reunieron y revisaron más de 150 definiciones significativas de cultura provenientes fundamentalmente de las ciencias sociales con el objeto de documentar la “emergencia y refinamiento” de un concepto que, en ese entonces, tenía una relevancia académica de no más de 80 años (tomando como punto de inicio a Tylor). Terminaron concluyendo que de existir una tendencia en el intento de conceptualizar la cultura, esta era, precisamente, la negación de la búsqueda de un factor común³⁵. Esto quiere decir que existía una falta de uniformidad metodológica en su aproximación. A pesar de estas dificultades, Kroeber y Kluckhohn sintetizaron un concepto antropológico moderno, basada en los elementos más reiterados en las definiciones que analizaron, al sostener que “la cultura consiste en patrones, explícitos e implícitos, relativos a la conducta adquirida y transmitida mediante símbolos, que constituyen los logros distintivos de los grupos humanos, incluyendo su materialización en artefactos”, agregando que el “núcleo esencial” de la cultura se encuentra en “las ideas tradicionales (esto es, históricamente derivadas y seleccionadas) y especialmente sus valores asociados”³⁶. Si bien se trata de una definición de mediados del siglo pasado, muestra que la evolución del concepto de cultura dentro de las ciencias sociales hasta esa época se hizo en base a términos bastante técnicos.

Se ha señalado anteriormente que los usos exceden las definiciones. Pero se hace necesario, a modo de recapitulación, hacer referencia a las “tres amplias categorías activas de uso” del sustantivo cultura que Williams distingue³⁷. Estas categorías de uso no se corresponden exactamente con las definiciones del diccionario, pero se pueden identificar a partir del desarrollo histórico de la palabra. En primer lugar, hay una categoría de uso abstracto, que describe un proceso general de desarrollo intelectual, espiritual y estético. La formalización de este uso proviene del siglo XVIII, cuando la idea de cultivo de las capacidades intelectuales derivó en una noción de progreso de la humanidad. En segundo lugar, cultura puede ser empleada para indicar un modo particular de vida, sea de un

³⁴ La frase entre comillas es de Williams. La palabra cultura como sustantivo independiente, según agregaba este autor, adquirió una relevancia considerable entre fines del siglo XVIII y mediados del siglo XIX, sin que sea posible determinar un año definitivo, pero sería previo a la obra de Tylor. En razón de lo anterior, se puede precisar que con este último se “consolida el inicio” de la historia moderna del término. Véase WILLIAMS (1983), p. 89.

³⁵ KROEBER & KLUCKHOHN (1952), p. 180.

³⁶ KROEBER & KLUCKHOHN (1952), p. 181 (fragmentos traducidos directamente desde el inglés).

³⁷ WILLIAMS (1983), pp. 90-91.

pueblo, un periodo, un grupo o la humanidad en general. Esta categoría de uso, que permite además distinguir los rasgos particulares y modos de vida de diferentes grupos humanos, fue introducida por decisivamente Tylor, aunque su génesis se puede encontrar en Klemm o incluso antes con Herder. La definición proporcionada por Kroeber y Kluckhohn, que corresponde a una síntesis del concepto de cultura utilizado en las ciencias sociales hasta mediados del siglo pasado, se ajusta a este sentido. Esta categoría de uso equivale a la “noción diferencial” propuesta por Bauman, según la cual la palabra cultura se emplea para dar cuenta de las diferencias aparentes entre comunidades de gentes³⁸. Por último, hay otro uso relevante que se utiliza para describir el trabajo y las prácticas intelectuales, especialmente en relación con la actividad artística. Se usa igualmente para indicar a la persona diletante, a quien es aficionado o cultivado en ciertos campos del saber. Esto constituye una reducción del sentido de cultura, como se había advertido anteriormente, pero es tal vez la categoría de uso más corriente, toda vez que la cultura es habitualmente entendida como un conjunto que engloba ciertas artes como la música, la literatura, la pintura y la escultura, el teatro y el cine. Según Williams, este uso, al menos en lengua inglesa, se afianzó entre el siglo XIX tardío y comienzos del XX.

Se aprecia ya que la cultura envuelve un cúmulo de dificultades. Ellas se manifiestan en la propia historia de la idea, en las definiciones conceptuales, en los usos de la palabra. Pero a pesar de todas las complejidades que surgen a propósito de la cultura, algo que resulta incuestionable es que ella es inseparable del ser humano. La cultura tiene, entonces, un innegable aspecto individual. En términos generales, este se refiere al cultivo de las facultades del ser humano, individualmente considerado³⁹. El ser humano, sin embargo, no vive solo. Es un ser social que habita e interactúa con otros. Cada grupo humano crea y realiza valores, normas y bienes materiales que la distinguen de los demás. Los rasgos o elementos distintivos incluyen también la lengua, las creencias, las costumbres y tradiciones, las artes y las ciencias, entre otras características. Es difícil, con todo,

³⁸ BAUMAN (2002), p. 119.

³⁹ El aspecto individual de la cultura, por otra parte, tiene una importante incidencia en el ejercicio de todos los derechos humanos. Siguiendo a la investigadora rumana Dana Irina, la cultura —individualmente considerada— puede entenderse como una cualidad poseída por el sujeto, que tiene un impacto serio en su habilidad para disfrutar los derechos y libertades, toda vez que los recursos culturales individuales, tales como el lenguaje y otras habilidades cultivadas a través de la educación y la información, así como la familiaridad con hábitos y costumbres locales, reflejan si una persona está suficientemente equipada en términos culturales para disfrutar y ejercer por completo su agencia y libertad. Véase IRINA, Dana (2011). “A culture of human rights and the right to culture”. *Journal for Communication and Culture*, vol. 1, N° 2, p. 32.

determinar de manera taxativa qué características resultan esenciales, aunque se advierte que son tangibles e intangibles. Los rasgos o elementos distintivos y propios de cada comunidad conforman el aspecto colectivo de la cultura, que ejerce influencia sobre los sujetos (es decir, sobre el aspecto individual), dado que dichas características son capaces de reflejar identidades a las que estos pueden o no adscribir, y conforme a las cuales es posible distinguir o diferenciar unos grupos humanos de otros.

Gracias al aspecto colectivo cobra sentido hablar de una cultura nacional, como quien habla de la cultura de Chile, o bien de la cultura de un pueblo, como quien se refiere a la cultura del pueblo chilote. Cabe advertir que los lindes entre la idea de nación y la idea pueblo son difusos y se trata de un asunto controvertido conceptual y políticamente; varios pueblos o bien varias naciones pueden cohabitar, con mayor o menor grado de conflicto, al interior de un mismo Estado. A mayor abundamiento, el aspecto colectivo de la cultura da pie para hablar de multiculturalidad, esto es, la presencia de varias culturas en un espacio determinado, lo que supone constatar la existencia de una diversidad cultural, y de interculturalidad, en el sentido de diálogo e interacción entre distintas culturas o, más precisamente, como idea que hace referencia a “las relaciones entre diferentes culturas y por tanto a los fenómenos resultantes cuando aquellas entran en contacto”⁴⁰. En cuanto al multiculturalismo, esta idea presenta mayores dificultades conceptuales. El filósofo político canadiense Will Kymlicka ha sostenido que se trata de un concepto que remite a un importante reto de las sociedades modernas, conforme al cual deben hacer frente a “grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de su identidad y la acomodación de sus diferencias culturales”. Sin embargo, este autor advierte sobre las equívocas consecuencias que se derivan de las generalizaciones sobre los objetivos y consecuencias del multiculturalismo, pues este abarca “formas muy diferentes de pluralismo cultural”, lo que supone distintas maneras de integración de la diversidad cultural en cada contexto político⁴¹. Mientras que otro filósofo político canadiense ha señalado que la cuestión del multiculturalismo tiene “mucho que ver con la imposición de algunas culturas sobre otras, y con la supuesta superioridad que posibilita esa imposición”⁴². En fin, todos estos son asuntos complejos y

⁴⁰ CASTRO LUCIC, Milka (2002). “Identidades indígenas, diálogos interculturales. Desafíos de nuestra época”. *Revista del CESLA*, N° 4, p. 7.

⁴¹ KYMLICKA, Will (1996). *Ciudadanía Multicultural. Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías* (traducción de Auleda CASTELLS). Barcelona: Paidós, p. 25.

⁴² TAYLOR, Charles (2009). “La política del reconocimiento”. En: Charles TAYLOR & al., *El Multiculturalismo y “La Política del Reconocimiento”* (traducción de Mónica UTRILLA DE NEIRA & al.). México: Fondo de Cultura Económica, p. 103.

merecen un desarrollo mucho mayor al que esta memoria puede ofrecer. Aunque más adelante, en el capítulo III, acápite I. D., se intentará volver sobre ellos, o más bien sobre algunas implicaciones relativas a los derechos culturales colectivos que guardan relación con estas cuestiones.

Por otra parte, hay una cuestión histórica en la cultura que permite entenderla como un proceso. La cultura cambia, evoluciona. En el aspecto individual, referido a un sujeto determinado, y en el aspecto colectivo, relativo a una comunidad particular. Pero también cambia o evoluciona respecto de lo que se puede nombrar el aspecto o dimensión general de la cultura, es decir, en cuanto al progreso o desarrollo de la humanidad. En todos los casos hay elementos —rasgos, características— culturales que vienen del pasado, se desenvuelven en el presente y se transmiten al futuro. En este proceso temporal de producción cultural hay, además de transmisión, creación y re-creación. Aquí aparece la idea de patrimonio cultural, que puede concebirse como conjunto de bienes, materiales e inmateriales, propio de un grupo humano en el presente, que ha sido heredado del pasado y que se transmite a las generaciones futuras. Además, el patrimonio cultural es algo que puede predicarse de un grupo de personas y de la humanidad en general. Por otra parte, la concepción de la cultura como actividad artística, si bien se trata una reducción de su concepto, no es del todo equívoca. El arte constituye una manifestación del ser humano que simboliza maneras de ver el mundo. Las ciencias, en tanto, como expresión de los conocimientos verificables del mundo en el que se vive, también forman parte de la cultura.

Tomando en cuenta todo lo anteriormente expuesto, la cultura puede ser concebida como un proceso complejo que envuelve al individuo, a la comunidad y a la humanidad. Es un proceso continuo y a la vez dinámico que media entre la experiencia subjetiva individual y colectiva respecto del sentido del mundo, a través del cual se producen y se cultivan elementos materiales e inmateriales distintivos con las que el individuo y los grupos humanos pueden identificarse y diferenciarse⁴³. El concepto de cultura que se ha intentado delinear luego de transitar una parte

⁴³ T. S. Eliot también entendía que la cultura era un todo compuesto de distintos planos que se deben interpretar como conjunto. Si bien no aludió a algo como la cultura de la humanidad, indicó un plano individual, relativo a cada persona, otro colectivo, referido a toda sociedad o pueblo, y agregó un tercer plano que se podría calificar de intermedio, concerniente a la de clase. Aunque el poeta británico-estadounidense afirmaba entender por cultura "lo mismo que los antropólogos", es decir, "el modo de vida de un determinado pueblo que vive reunido en un mismo sitio", y que ella se manifiesta en sus artes, sistema social, costumbres y religión, precisó que la combinación de estos elementos no constituye la cultura, pese a que habitualmente se hable como si así fuera. Dichos elementos no son sino las partes en que ella se puede "atomizar". Y la cultura es más que la suma de sus partes, pues estas actúan unas sobre otras. Así, escribió que si bien la cultura de un artista o de un filósofo es distinta de la de un minero o un labrador, y que la de un

representativa de recorrido en la historia de las ideas, da cuenta de la magnitud de lo que significa la cultura. Para hacer frente al cuestionamiento planteado por Zurita, se puede sostener que aunque la cultura sea “todo” —en el sentido de que penetra todas las actividades del ser humano—, su amplitud no la convierte en algo indeterminado. Nos hemos aproximado a una idea difícil y ello no ha sido en vano. Algo se ha ganado.

III. APROXIMACIONES A LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA CULTURA

El derecho en cuanto ordenamiento jurídico —es decir, el derecho en sentido objetivo, concepto que algunos autores escriben con D mayúscula— se suele definir en torno a su función normativa, como sistema que regula las relaciones de los miembros de una sociedad con el objeto de mantener una convivencia armónica⁴⁴. Las reglas jurídicas —sea que manden, prohíban o permitan— que lo componen, junto con los principios que lo orientan, pueden ser vistos como manifestaciones de una cultura; como elementos culturales de la sociedad que se rige bajo ese derecho. Seguir este enfoque, que subsume el derecho en la cultura, es válido y legítimo —la noción antropológica moderna de cultura concibe el derecho como un producto de ella; la definición de Tylor incluye expresamente “las leyes”—, pero no reportaría mayor utilidad para propósitos jurídicos desde el derecho. Se hace menester advertir que el presente trabajo se encuadra en la perspectiva que ofrece el derecho —en particular, el derecho internacional— y no desde la antropología jurídica⁴⁵.

poeta será diferente de la de un político, “en una sociedad sana todas ellas forman parte de una misma cultura, y el artista, el poeta, el filósofo, el político y el labrador poseen una cultura en común que no comparten con otras personas que desempeñan los mismos oficios en otros países”. Véase ELIOT, Thomas Stearns (1993). *La Unidad de la Cultura Europea. Notas Hacia una Definición de Cultura* (traducción de Félix DE AZÚA). Madrid: Ediciones Encuentro, pp. 182-183.

⁴⁴ Según una definición clásica de la doctrina civilista chilena, el derecho objetivo es “el conjunto de normas imperativas que, para mantener la convivencia pacífica y ordenada de los hombres que viven en sociedad, regulan las relaciones de ellos determinadas por esas mismas normas”. Véase ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel & VODANOVIC, Antonio (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes General y Preliminar*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 15.

⁴⁵ A modo general, y sin perjuicio de que se aprecia una falta de acuerdo por parte de los especialistas en torno a su definición conceptual, se puede sugerir que la antropología jurídica es una rama de la antropología que estudia con especial atención los fenómenos de naturaleza jurídica. Se interesa particularmente en áreas como el derecho consuetudinario y el derecho comparado. Silva Santisteban sostuvo que tiene como objeto de estudio “los sistemas normativos de control social en todas las sociedades, especialmente el sistema jurídico, así como las funciones que cumple el derecho en la satisfacción de las necesidades y aspiraciones sociales”, mientras que su propósito consistiría en “sistematizar las comparaciones y establecer principios que expliquen no solo las similitudes sino también las diferencias entre los sistemas normativos de las distintas sociedades humanas, a fin de formular generalizaciones válidas sobre el fenómeno jurídico”. Por otra parte, el abogado y antropólogo ecuatoriano Diego Iturralde ha indicado que se trata de una disciplina que “estudia las relaciones entre el derecho, la costumbre y la estructura social, mediante la

Por lo demás, es de estimar que un enfoque acorde al derecho en cuanto a disciplina autónoma —la “ciencia del derecho”— debe partir desde el derecho, no hacia el derecho. Así, el análisis desde el derecho debe subsumir la cultura en la ciencia jurídica. Ello supone preguntarse qué aspectos de la cultura resultan relevantes a efectos de ser normados por el derecho; luego, qué principios relativos a la cultura y qué derechos —en cuanto facultades o potestades tendientes a satisfacer intereses— reconoce o debe reconocer un ordenamiento jurídico. En este sentido, el catedrático español Jesús Prieto de Pedro, indagando sobre la relación entre el derecho y la cultura, se cuestiona:

“¿Qué significa el derecho para la cultura, qué le aporta? Pues, sin duda, una esencialísima función de garantía de los derechos subjetivos relativos a la cultura de los individuos y de los grupos en los que desenvuelven su vida —es decir, de los derechos culturales—, así como la garantía de los principios y valores superiores (autonomía de la cultura, pluralismo, diversidad, descentralización...) que hacen posible un desarrollo cultural democrático”⁴⁶.

Estas funciones del derecho respecto de la cultura permiten esbozar la idea de un posible derecho de la cultura, en cuanto área o rama especializada del derecho, con normas específicas dentro de los ordenamientos jurídicos de cada Estado. El mismo Prieto de Pedro describe el derecho de la cultura en términos de una especialidad que se “enfoca el hecho cultural desde una perspectiva integral” y trata de “ofrecer un marco jurídico para la fijación de valores y de garantías para el

comparación de las normas que organizan cada uno de estos campos con el propósito de establecer las reglas o principios que rigen sus mutuas interrelaciones y permiten comprenderlas”. Castro Lucic, en tanto, dice que la antropología jurídica es la propia antropología social que —a partir de las últimas décadas del siglo xx y desde una perspectiva “realista y crítica”— ha comenzado a ocuparse de asuntos más o menos específicos: derechos de la diversidad; derechos de los pueblos indígenas; derechos consuetudinarios; formas de entender la justicia; conflictos interétnicos y entre identidades diversas. Indica que durante el siglo xix hubo una extraordinaria producción conceptual, teórica y metodológica de lo que se podría denominar “protoantropología jurídica”, que conformaría el cimiento de la antropología misma. A mayor abundamiento, señala que casi los practicantes de la antropología en sus primeros años fueron juristas de formación y cita, entre otros, a Henry Maine en Inglaterra; Lewis Henry Morgan en Estados Unidos; Johann Jakob Bachofen en Suiza; Friedrich Karl von Savigny en Alemania y, yendo más atrás en tiempo, cita también a Montesquieu, como ya se ha prevenido. Véase ITURRALDE, Diego (2008). “Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes”. *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, N° 5 [artículo en línea], p. 7. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/906/90600503.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016]; SILVA SANTISTEBAN (2000), p. 29; CASTRO LUCIC (2014), pp. 19-21, 31-32.

⁴⁶ PRIETO DE PEDRO, Jesús (2002). “Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados”. *Pensar Iberoamérica*, N° 1 [artículo en línea], párrafo 16. Disponible en: <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric01a04.htm> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

desarrollo cultural así como un instrumental específico para la construcción de los modelos culturales que quieran darse las sociedades democráticas⁴⁷.

El derecho de la cultura está lejos consolidarse como materia de estudio en el ámbito académico del derecho⁴⁸. La excepción más notable se da en Francia, donde ha adquirido relevancia en la doctrina jurídica y se ha establecido como asignatura formal en algunas escuelas de derecho. Esto se debe, en parte, a la clara tendencia hacia la codificación y parcelación del derecho —en áreas cada vez más especializadas— que muestra la tradición jurídica francesa. Que en su legislación exista un *Code de la Propriété Intellectuelle* y un *Code du Patrimoine* da cuenta de ello. En efecto, estos dos cuerpos jurídicos forman parte importante del estudio del derecho de la cultura en ese país, materia que se ha concebido, no obstante, en torno a la idea de “actividades culturales”. El desarrollo del derecho de la cultura en Francia también se debe a la creación del Ministerio de Asuntos Culturales en 1959, primero en su especie en el mundo⁴⁹. Según Alain Riou, antiguo asesor de dicha repartición francesa, si bien se trata de un “derecho multiforme”, en el sentido que se sirve de instituciones jurídicas heterogéneas que provienen de distintas ramas del derecho, el derecho de la cultura se ha establecido como un área genuina y distinguible del derecho que “se constituye del conjunto de reglas que conciernen las actividades culturales públicas y privadas, así como la interrelación entre estas, la jurisprudencia que ellas suscitan y los comentarios de la doctrina”⁵⁰. Tras ofrecer la anterior definición, el mismo autor agrega que el derecho de la cultura se compone

⁴⁷ PRIETO DE PEDRO (2002), párrafo 15.

⁴⁸ Con esto se quiere decir que el derecho de la cultura, como área autónoma del derecho, aún no ha logrado afianzarse como objeto de estudio, especialmente en instituciones universitarias. Ello es sin perjuicio de que ciertas áreas parceladas del derecho, que lo relacionan con áreas de la cultura, sí lo estén. Es el caso del derecho de autor. También la antropología jurídica, aunque esta disciplina realiza el vínculo, como ya se ha indicado, desde la antropología.

⁴⁹ El establecimiento del Ministerio de Asuntos Culturales fue una de las primeras medidas del gobierno de Charles de Gaulle (1959-1969). Según Lionel Artaud, sociólogo francés cuya línea de investigación se centra en políticas culturales, la creación de dicho Ministerio fue bastante controvertida pues se pensaba que la cultura y en particular las artes eran asuntos privados, no públicos. Así, el propósito fundamental de André Malraux, ministro nombrado por de Gaulle, fue el de “democratizar la cultura”. En efecto, el decreto que establece la organización de dicho Ministerio francés, dispone en su artículo 1 que este “tiene por misión hacer accesibles las obras capitales de la humanidad, en primer lugar las de Francia, al más grande número posible de franceses; asegurar la más vasta audiencia a nuestro patrimonio cultural, y favorecer la creación de obras de arte y del espíritu que lo enriquezcan” (fragmento traducido directamente desde el francés). La opinión de Artaud fue emitida en el marco del V Seminario Internacional de Políticas Culturales, realizado el 7 de septiembre de 2016 en el Centro Cultural Gabriela Mistral, en Santiago; el decreto francés es el N° 59-889, de fecha 24 de julio de 1959. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT00000299564 [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

⁵⁰ RIOU, Alain (1996). *Le Droit de la Culture et le Droit à la Culture*. Paris: ESF Éditeurs, p. 37 (fragmento traducido directamente desde el francés).

fundamentalmente de cuatro ámbitos: el derecho patrimonial de la cultura; el derecho de la creación y de la formación cultural; el mecenazgo cultural y, por último, la propiedad literaria y artística⁵¹.

El derecho de la cultura, así entendido, implica un acotamiento del significado de la palabra cultura respecto de una noción más amplia, para efectos de su aplicación práctica dentro de un determinado ordenamiento jurídico (el francés). Ahora bien, esto conduce a una idea reduccionista del derecho a la cultura, con arreglo a la cual se trataría solamente de un derecho de acceso a ciertas actividades culturales (o a bienes y servicios culturales) que se relacionan especialmente con las artes. Lo anterior —además de ser asociable a la tercera categoría de uso de la palabra cultura que Williams describía— puede identificarse con lo que el germano-mexicano Rodolfo Stavenhagen llamaba concepción de “la cultura como creatividad”, según la cual la idea de cultura remite a un proceso de creación artística y científica. Este entendimiento subraya el rol de los individuos que crean cultura (o que interpretan o ejecutan obras culturales), por lo que el derecho a la cultura consistiría, por una parte, en el derecho de ciertas personas a crear libremente obras culturales sin restricciones y, por otra, en el derecho de todos a disfrutar del libre acceso a esas creaciones⁵². Por cierto, como el propio Stavenhagen estimaba, la cultura como creatividad no representa la concepción más acabada, no obstante resulta frecuente que se ejecuten políticas culturales con arreglo a ella.

En efecto, en el informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (titulado como *Nuestra Diversidad Creativa*), documento que ya tiene dos décadas, la Unesco llamaba a “repensar las políticas culturales”, señalando que el mayor problema en el terreno de estas políticas públicas proviene de una aprehensión incompleta de la idea de cultura⁵³. Las políticas culturales han sido entendidas comúnmente como un “segmento de la actividad social” compuesto por “la promoción de las artes y de la vida cultural, incluyendo la protección del patrimonio cultural”, al que los gobiernos “asignan presupuestos, creado planes de desarrollo e instituciones públicas, tales como museos, centros culturales, academias de bellas artes, etc.”⁵⁴. El informe señala que las políticas culturales

⁵¹ RIOU (1996), p. 37.

⁵² Según este sociólogo, recientemente muerto, esta concepción ha llevado a la generalizada distinción entre alta cultura y baja cultura, que en países occidentales toma forma como debate entre cultura de las élites y la cultura popular. Véase STAVENHAGEN, Rodolfo (2001). “Derechos culturales: el punto de vista de las ciencias sociales”. En: UNESCO, *¿A Favor o en Contra de los Derechos Culturales?* [...], pp. 23--24.

⁵³ UNESCO (1997). *Nuestra Diversidad Creativa* (Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo). Madrid: Ediciones SM-Ediciones Unesco, pp. 155-172. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001036/103628s.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

⁵⁴ UNESCO (1997), p. 156.

tienen por objeto el desarrollo social y cultural, por lo que deben comprenderse con arreglo a un enfoque amplio de la vida cultural, reafirmando el sentido de cultura propuesto tras la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales organizada por la Unesco en México en 1982.

En dicho foro se preconizó la necesidad de abordar las políticas culturales desde términos más amplios, que excedieran las artes y las letras, pues se entendió que si bien estas forman parte importante de la cultura, no constituyen todo su espectro. Así, la Declaración de México sobre Políticas Culturales —emitida tras la Conferencia Mundial— definió la cultura como “el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social”. Agrega que la cultura comprende, “además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”⁵⁵. Esta definición, reproducida de manera bastante semejante en el preámbulo de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la Unesco de 2001⁵⁶, toma la noción antropológica moderna y la reformula en términos más generales, dando cuenta de un concepto sumamente amplio de cultura⁵⁷. Esta concepción, que pone énfasis en el aspecto colectivo de la cultura, representa “la cultura como modo de vida total”, según Stavenhagen, quien define este entendimiento en términos de “la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un determinado grupo social que lo distingue de otros grupos similares”⁵⁸.

⁵⁵ La definición contenida en la Declaración de México representa una noción antropológica amplia de la cultura. Esta Declaración puso énfasis en el desarrollo cultural de los pueblos y señaló principios relativos a las políticas culturales tendientes a fomentarlo de un modo amplio, pero dejó en claro su rechazo a cualquier distinción entre culturas “superiores” e “inferiores” según su grado o nivel de desarrollo —diferenciación que sí se encuentra presente en algunas teorías antropológicas de la cultura, desde Klemm y Tylor en adelante—, proclamando que “cada cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable, ya que las tradiciones y formas de expresión de cada pueblo constituyen su manera más lograda de estar presente en el mundo”. Véase UNESCO, Conferencia General (1982). *Declaración de México sobre las Políticas Culturales*, preámbulo, párrafo 5 y artículo 1.

⁵⁶ Este instrumento reafirma que la cultura debe ser considerada como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que 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”. Véase UNESCO, Conferencia General (2001). *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*. Adoptada el 2 de noviembre de 2001, preámbulo, párrafo 5.

⁵⁷ Nótese que mientras la noción antropológica sintetizada por Kroeber y Kluckhohn habla de “logros distintivos” y “patrones” relativos a la “conducta adquirida y transmitida”, las definiciones de cultura de la Unesco hablan de “rasgos distintivos” y “modos de vida”.

⁵⁸ Stavenhagen agregó que la cultura entendida como modo de vida total es también “un sistema de valores y símbolos, así como un conjunto de prácticas que un grupo cultural específico reproduce a lo largo del tiempo y que otorga a los individuos los distintivos y significados necesarios para actuar y relacionarse socialmente a lo largo de la vida”. Esta concepción proveniente de la antropología es, según el autor, la más amplia y permite diferenciar una cultura de otras,

Es sobre dicho concepto que deben basarse no solo las políticas culturales, sino también el entendimiento de la relación entre el derecho y la cultura⁵⁹. Aunque es relevante hablar de un derecho a la cultura y de un derecho de la cultura —cuando menos favorece la toma de conciencia de la cultura como objeto del ordenamiento jurídico—, la reducción implícita de la idea de cultura que frecuentemente se insinúa al invocar esos términos, disminuye las implicaciones posibles de la cultura dentro del derecho. Se hace necesario reafirmar que un derecho a la cultura y un derecho de la cultura deben de fundamentarse sobre una concepción lata de su objeto, tal como la contenida en el instrumento de la Unesco antes citado. Pues la cultura impregna todas las actividades e instituciones del ser humano, incluidos los ordenamientos jurídicos. Ella se crea, se discute y se recrea en el marco de las prácticas sociales de los diversos grupos que interaccionan en los ámbitos económico, social y político, manifestándose en la expresión, los conceptos y las prácticas individuales y colectivas⁶⁰.

Ante la magnitud de la cultura, el lenguaje de los derechos humanos constituye un soporte adecuado. “El derecho a la cultura implica la posibilidad para cada uno de disponer de los medios necesarios para desarrollar su personalidad, gracias a una participación directa en la creación de valores humanos, y de convertirse así en amo de su condición, ya sea en el plano local o a escala mundial”, se señalaba en un texto de la Unesco que data de 1970⁶¹. Esta amplitud de la cultura debe ir aparejada de una concepción jurídica extensa de un derecho a la cultura. En efecto, este se concibe de manera más acabada si se entiende como derecho a participar en la vida cultural, esto

pero acarrea un inconveniente. Trata la cultura como un objeto independiente del espacio en el que los actores sociales establecen relaciones mutuas, dejando de lado el hecho de que la cultura es también construida y configurada subjetiva y diversamente por una multiplicidad de individuos en interacción constante. Véase STAVENHAGEN (2001), pp. 24-27.

⁵⁹ Cabe notar que para realizar un análisis jurídico provechoso, en lugar de subsumir el derecho en la cultura, se deben examinar las implicaciones de la cultura dentro del derecho.

⁶⁰ ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2012). *El Disfrute de los Derechos Culturales por las Mujeres, en Condiciones de Igualdad con los Hombres*. Presentado el 10 de agosto de 2012. A/67/287, párrafo 2.

⁶¹ Este documento corresponde a una publicación editada únicamente en francés, tras la realización de una reunión convocada por la propia Unesco en París, en la que participaron intelectuales de diversas procedencias con el objeto de estudiar los derechos culturales en cuanto derechos humanos y otros asuntos relacionados con la cultura. La definición del derecho a la cultura se encuentra en el último punto de una *déclaration sur les droits culturels en tant que droits de l'homme*, elaborada por consenso del conjunto de participantes (*Le droit à la culture implique la possibilité pour chacun de disposer des moyens nécessaires pour développer sa personnalité, grâce à une participation directe à la création de valeurs humaines, et de devenir ainsi maître de sa condition, que ce soit sur le plan local ou à l'échelle mondiale*). Véase UNESCO (1970). *Les Droits Culturels en tant que Droits de l'Homme*. Paris: Unesco, p. 111. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001334/133420fo.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

es, como un derecho humano reconocido por el derecho internacional y que comprende no solo el elemento de participar o tomar parte en la vida cultural, sino también el acceso y la contribución a ella. El derecho a participar en la vida cultural es pieza esencial del catálogo de derechos culturales. La noción de derechos culturales, en cuanto categoría de derechos humanos, constituye una vía adecuada para acercarse la relación entre el derecho y la cultura. Pero previo a un análisis detallado de este derecho en particular, se requiere delinear el marco histórico y conceptual de los derechos humanos.

CAPÍTULO II

EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las revoluciones estadounidense y francesa dejaron como legado instrumentos fundacionales en cuanto proclamaciones modernas de derechos humanos. Del lado americano, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 se compone de dieciséis artículos en los que se estatuyen los fundamentos del gobierno del pueblo de Virginia —o las “trece colonias británicas de la costa atlántica”— y se proclama que los hombres son iguales por naturaleza y tienen ciertos derechos inherentes de los que no se les puede privar. Estos derechos son la vida, la libertad y la propiedad, según reza su primer artículo. Dicho documento reconoce también el derecho a un debido proceso, la libertad de prensa y la libertad de religión (artículos 8 a 11, 12 y 15, respectivamente). La *Virginia Declaration of Rights* fue redactada inicialmente por el delegado George Mason, quien se inspiró en la filosofía política de John Locke y tuvo como significativa referencia la *Bill of Rights*, carta de derechos promulgada por el Parlamento de Inglaterra en 1689 que tuvo por objeto limitar los poderes del monarca. La adopción del documento de 1776 sirvió, en definitiva, como precedente tanto para la propia Carta de Derechos de los Estados Unidos —que entraría en vigencia en 1791, al ratificarse las diez primeras enmiendas a la Constitución de 1787— como para la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, proclamada en plena Revolución francesa.

La *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, por su parte, emanó de la Asamblea Nacional constituyente de la Francia revolucionaria. No obstante, sería promulgada por Louis XIV, tiempo antes de ser ejecutado en la guillotina de la *Place de la Révolution* en París (hoy conocida como Plaza de la Concordia), en los inicios del periodo del “terror” impulsado por el bando jacobino. Volviendo a la Declaración, esta parte enunciando los principios de la libertad y la igualdad (“los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, como se puede traducir de su primer artículo), para luego rechazar las distinciones sociales (“que solo deben estar fundadas en la utilidad común”, reza la segunda sentencia del mismo artículo). Su artículo 2 proclama cuatro derechos “naturales e imprescriptibles”, a saber, la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la

opresión. Los artículos 3 a 16 tratan grandes temas como la soberanía nacional o la voluntad general —se aprecia aquí una marcada influencia de la Ilustración, en particular de la filosofía del contrato social de Jean-Jacques Rousseau—, para finalmente referirse a ciertos principios generales del derecho y del debido proceso. Cabe añadir que el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, al declarar derechos y libertades fundamentales, hace remisión a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789⁶².

La constitución de los Estados nacionales, en buena parte del mundo occidental del siglo XIX, sirvió para efectuar un reconocimiento jurídico inaugural por parte de los nacientes Estados respecto de ciertos derechos fundamentales de orden civil y político, como el derecho a la vida y el derecho de propiedad. No obstante, el débil constitucionalismo inicial y, de manera más relevante, la crisis derivada de las grandes guerras, generaron la necesidad de un reconocimiento global de ciertos derechos inherentes al hombre, así como de una organización internacional encargada de su resguardo. Así, no fue sino hasta mediados del siglo XX, y como uno de los resultados más próximos del término de la Segunda Guerra, que se dio inicio a una estructura de derecho internacional a escala universal con la creación de la Organización de las Naciones Unidas. La organización encontraba un antecedente poco exitoso en la Sociedad de Naciones (también llamada Liga de Naciones), fundada en 1919 en París, luego del armisticio de la Primera Guerra. Sin embargo, esta entidad internacional sería disuelta en 1946, tras décadas de escasa relevancia. Su fracaso se debió, fundamentalmente, a dos hechos que implicaron una reducción importante de su potencialidad como organización, a saber, la decisión de excluir a países como Alemania y la Unión Soviética, además de la negativa del aislacionista Senado estadounidense, que prohibió el ingreso de su país a dicha sociedad internacional.

El 26 de junio de 1945, en San Francisco, se realizó la sesión plenaria en la que se firmó la Carta de las Naciones Unidas, a la que concurrieron 51 países. Este instrumento entró en vigor el mismo año, con fecha 24 de octubre —posteriormente declarado como el “día de las Naciones Unidas”—, dándose inicio formal a la misión y funciones de esta organización internacional. Actualmente, los

⁶² Si bien corresponde a la IV República francesa (1946-1958), el preámbulo de 1946 se considera vigente y se interpreta en conjunto con la Constitución de 1958 que instauró la V República (régimen constitucional actual en Francia). El preámbulo, en su primer párrafo, proclama que el pueblo francés reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados en la Declaración de Derechos de 1789 (*Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*).

Estados miembros de las Naciones Unidas son 193⁶³. En el preámbulo de la Carta, las naciones fundantes declararon “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”⁶⁴. De este modo, se puede sugerir que la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas representa el hito —sus palabras iniciales son elocuentes— con el que se dio inicio a lo que se ha llamado el derecho internacional de los derechos humanos. Este surgimiento se vio reforzado posteriormente con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el capítulo x de la Carta de las Naciones Unidas, referido al Consejo Económico y Social, se dispuso la creación de una comisión de orden económico y social, otra para la promoción de los derechos humanos, y las demás que fueren necesarias para el desempeño de sus funciones (artículo 68). En conformidad a este mandato, el Consejo Económico y Social estableció en 1946 la Comisión de Derechos Humanos, a la que encomendó la elaboración de una serie de instrumentos para la defensa de los derechos humanos. A su vez, este último órgano creó un comité de redacción encargado de elaborar un proyecto de declaración de derechos humanos⁶⁵. El borrador final del proyecto se terminó de redactar en mayo de 1948 y posteriormente se entregó a la Asamblea General, que reunida en París en su III periodo de sesiones, sometió el instrumento a votación el 10 de diciembre de dicho año, siendo aprobado con 48 votos favorables y 8 abstenciones (la Unión Soviética, Arabia Saudita y Sudáfrica, entre otros). Finalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos quedó establecida mediante la Resolución 217A (III). En su preámbulo se proclama la “dignidad intrínseca” y los “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, para luego declarar en su primer artículo que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que los derechos y libertades proclamados (a lo largo de sus 30 artículos) en la Declaración no están sujetos a ninguna clase de distinción (artículo 2).

Luego de la adopción de la Declaración Universal, la Organización de las Naciones Unidas continuó trabajando en un proyecto de convención de derechos humanos. En su XXI periodo de sesiones, la

⁶³ La información oficial relativa a los Estados partes, con fecha de admisión respectiva, se encuentra en el sitio web de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/depts/dhl/unms/whatisms.shtml> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

⁶⁴ ONU, Asamblea General (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Adoptada el 26 de junio de 1945, preámbulo, párrafo 2.

⁶⁵ Esta instancia fue presidida por Eleanor Roosevelt quien, en ese entonces, era ex primera dama de los Estados Unidos. Sus principales redactores fueron el canadiense John Peters Humphrey y el francés René Cassin (quien sería galardonado con el Premio Nobel de la Paz en 1968). Entre los ocho miembros del comité de redacción se encontraba también el diplomático chileno Hernán Santa Cruz.

Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en Nueva York, resolvió adoptar la Resolución 2200, de fecha 16 de diciembre de 1966, que establece dos tratados de derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de un Protocolo Facultativo vinculado al primero de estos instrumentos. El segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General en 1989 y está destinado a la abolición de la pena de muerte. Estos cuatro instrumentos, junto con la Declaración Universal, forman lo que se ha llamado *International Bill of Human Rights* o Carta Internacional de Derechos Humanos. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, fue adoptado recién en 2008 y abierto para su firma al año siguiente.

Cabe volver un poco antes en la historia. En el proceso final de preparación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el comité de redacción tuvo en especial consideración la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Esta había sido adoptada solo unos meses antes, en conjunto con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, tras la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá. En efecto, la historia inicial de la OEA y de la ONU presentan similitudes. La organización regional americana también presentaba un precedente de escasa relevancia: la Unión de las Repúblicas Americanas. Esta entidad nació de la I Conferencia Internacional Americana (Washington, 1890), instancia propiciada por los Estados Unidos y cuyo objeto era “tratar asuntos relacionados con el incremento del tráfico comercial”, discutir un “plan de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos” y “asegurar mercados más amplios para los productos” de cada país, entre otros asuntos. Es decir, surgió más por el deseo de regular cuestiones comerciales que por motivos políticos. En la IV Conferencia realizada en Buenos Aires en 1910, la Unión de las Repúblicas Americanas reformó sus estatutos, pasando a llamarse Unión Panamericana, nombre oficial hasta su refundación en 1948 como Organización de los Estados Americanos.

De modo similar a las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos se propuso trascender la sola proclamación de derechos (y deberes). Desarrolló un sistema interamericano de derechos humanos que comenzó a concretarse en 1969, año en que se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica (motivo por el cual el tratado es también llamado Pacto de San José de Costa Rica). En vigor desde 1978, este tratado vino a

establecer un procedimiento y una jurisdicción internacional en materia de derechos humanos mediante dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero de estos órganos se encarga de recibir las denuncias de los Estados partes (en estos casos, en contra de otro Estado parte), así como de cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida, en las que se acuse a un Estado parte de violar algún derecho humano consagrado en la Declaración Americana. Para estos efectos, se contempla un examen de admisibilidad a cargo de la Comisión Interamericana, el que de ser superado, permite la incoación de un procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido complementado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, 1988) y el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990), estuvo precedido por otro tratado regional de similares características: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa en 1950 (en vigor desde el año 1953). El Convenio Europeo instituyó un tribunal de jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sirvió de modelo para la Corte Interamericana. Otra iniciativa semejante representa la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como la Carta de Banjul, adoptada en 1981 por la Organización para la Unidad Africana (en la actualidad renombrada como Unión Africana) y en vigor desde 1986. Este tratado se fortaleció con la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 1987, entidad competente para interpretar la Carta de Banjul y supervisar su cumplimiento. Adicionalmente, el Protocolo Adicional a la Carta de Banjul, firmado en 1998 en Ouagadougou, Burkina Faso, estatuyó la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la que entró en funciones en 2004.

II. ACERCA DE LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

La categorización de los derechos humanos según la cual se distingue entre aquellos derechos llamados de primera, de segunda y de tercera generación fue propuesta inicialmente por el jurista checo-francés Karel Vašák en 1977 en un breve artículo titulado “La larga lucha por los derechos

humanos”, aparecido en la revista *El Correo de la Unesco*⁶⁶. Con el tiempo, su tesis ha encontrado amplia difusión como fórmula que permite acercarse a las diversas “clases” de derechos que estarían establecidas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En dicho artículo, su autor caracterizaba cada una de las generaciones de derechos del siguiente modo:

“Mientras los derechos de la primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de la tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad”⁶⁷.

De esta manera, los derechos civiles y políticos son entendidos en términos de derechos “negativos”. Para su goce y respeto, el Estado no debe interferir en una esfera de libertad propia o atributiva de las personas. Constituyen derechos oponibles a la comunidad política por parte de los particulares y conllevan límites en la actuación del Estado. El abogado argentino Edwin Harvey describe su historia inicial señalando que hasta fines del siglo XVIII el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales al ser humano estuvo circunscrito a la proclamación de derechos civiles, partiendo por el derecho a la vida y ciertas libertades individuales como la seguridad personal, los que fueron reconociéndose en términos cada vez más amplios, mientras que solo después de las revoluciones estadounidense y francesa se inició un reconocimiento formal de los derechos políticos⁶⁸. Que los derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, sean calificados de derechos de generación, guarda relación con el hecho de haber sido consagrados con posterioridad a los derechos civiles y políticos en la historia de las declaraciones, tratados internacionales y en el articulado de las constituciones políticas⁶⁹. Estos derechos son entendidos, por esta posición y por buena parte de la doctrina, como derechos “positivos”. Es decir, como derechos exigibles solo en un sentido programático, ya que requieren del Estado acciones y medidas positivas para su

⁶⁶ Véase VAŠÁK, Karel (1977). “La larga lucha por los derechos humanos”. *El Correo de la Unesco*, año XXX, pp. 29-32. El título original del artículo es “La Déclaration universelle des droits de l’homme 30 ans après”, aparecido en el mismo número de la edición francesa de la revista.

⁶⁷ VAŠÁK (1977), p. 29.

⁶⁸ HARVEY (1995), “Derechos culturales”. Documento de la colección de la *Cátedra Unesco de Derechos Culturales*, Universidad de Palermo [artículo en línea], p. 3. Disponible en: http://www.educ.ar/recursos/ver?rec_id=90841 [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

⁶⁹ HARVEY (1995), p. 4.

implementación, las que no pueden ser sino progresivas, considerando que se encuentran supeditadas a su capacidad económica. Sobre esto volveremos más adelante.

Si los derechos de primera generación se han relacionado al principio de libertad, los de segunda generación se han vinculado al de igualdad. Sentado esto, es posible advertir que esta caracterización carece de un elemento. Es aquí donde aparece la idea de fraternidad. En efecto, el autor de la tesis de las generaciones se valió del lema “libertad, igualdad y fraternidad”, surgido en plena Revolución francesa, para asociar ocurrentemente cada generación de derechos a uno de estos principios o valores rectores, aunque para ello variara la voz fraternidad por la de solidaridad, tal vez más adecuada para estos propósitos. En la lección inaugural de la décima sesión de enseñanza del Instituto Internacional de Derechos Humanos⁷⁰, Vašák asoció expresamente los derechos civiles y políticos a la libertad, y los derechos económicos, sociales y culturales a la igualdad, para luego preguntarse, “¿no debería haber derechos del hombre producidos por la evidente fraternidad de los hombres y por su indispensable solidaridad, derechos que los unan en un mundo finito? Este es el sentido de los nuevos derechos de la tercera generación”⁷¹.

El debate relacionado a estos nuevos derechos de tercera generación surgió en la década de 1960 —aunque no lograrían insertarse en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966—, en torno a dos preocupaciones crecientes en la comunidad internacional: la idea de establecer como un derecho el desarrollo de los pueblos y la necesidad de proteger el medioambiente, cuestiones que empezaron a ser vistas en términos de derechos humanos (o más bien, como “derechos de la humanidad”). Además de los dos anteriores, entre los derechos de solidaridad Vašák incluye el derecho a la paz y el derecho a la protección del patrimonio común de la humanidad⁷². Según esta formulación, detrás de los derechos de tercera generación se encontrarían bienes jurídicos colectivos que merecen ser protegidos ya que representan una concepción de vida en comunidad. Requieren que todos los actores sociales, no solo el Estado, sino también los individuos y las colectividades, se involucren en su protección; que entidades públicas y privadas armonicen sus esfuerzos en orden a respetar la vigencia de estos derechos y los valores que representan. Es por

⁷⁰ Asociación de fines investigativos en el campo de los derechos humanos, fundada en 1969 por René Cassin y con sede en la ciudad francesa de Estrasburgo.

⁷¹ Citado por Eduardo Rabossi, quien traduce directamente desde el texto francés correspondiente a la lección inaugural. Véase RABOSSÍ, Eduardo (1997). “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”. *Lecciones y Ensayos*, Nº 69-70-71, p. 44.

⁷² VAŠÁK (1977), p. 29.

ello que también han sido llamados “derechos de los pueblos”. Al respecto, el artículo 1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986, califica el derecho al desarrollo como un “derecho humano inalienable” en virtud del cual “todo ser humano y todos los pueblos” se encuentran facultados para “participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”⁷³.

En línea con la propuesta de Vašák, hay quienes han planteado incluso el surgimiento de una cuarta generación. En este sentido, un autor español sostiene que los avances científicos y tecnológicos, especialmente el auge de internet, modifican los espacios en que se manifiestan los derechos humanos, configurando un contexto en el que surgen nuevas necesidades humanas y exigencias que requieren estándares éticos acordes a los tiempos de esta sociedad del conocimiento y la información. Propone profundizar en los “usos solidarios” que las nuevas tecnologías ponen en las manos de los individuos en orden a democratizar el poder y así hablar de una cuarta generación de derechos humanos, vale decir, “nuevos derechos que garanticen el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad”⁷⁴.

Ahora bien, es cierto que la tesis de las generaciones ofrece una aproximación amena al fenómeno de los derechos humanos gracias a una conceptualización atractiva para su aprendizaje y asociación, que permite categorizar diferentes clases de derechos humanos. Su carácter didáctico explicaría, en parte, la amplia difusión y referencia que ha recibido tanto dentro como fuera de las escuelas de derecho. Sin embargo, esta fórmula tiene importantes debilidades y ha suscitado diferentes críticas. A continuación se expondrán algunas objeciones relevantes.

En primer lugar, resulta evidente que la voz “generación” es usada de manera metafórica dentro de esta formulación. La idea de generación remite a una sucesión —una generación sucede a otra— que implica el agotamiento o la extinción de la generación precedente. Pero si se considerara de esta manera, la tesis de las generaciones sería falsa pues simplemente no es cierto que la aparición

⁷³ ONU, Asamblea General (1986). *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*. Adoptada el 4 de diciembre de 1986. A/RES/41/128, artículo 1.

⁷⁴ Véase BUSTAMANTE, Javier (2001). “Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, N° 1 [artículo en línea]. Disponible en: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

de una nueva generación de derechos humanos implique la desaparición de la anterior. Más allá de esta consideración, el entendimiento de los derechos humanos divididos según generaciones representaría una “visión atomizada o compartimentalizada” que pugnaría con la necesaria unidad e interrelación que el derecho internacional de los derechos humanos pregona respecto de estos derechos, dice el jurista brasileño Antônio Cançado Trindade⁷⁵. Lejos de una supuesta “sucesión generacional” de derechos, afirma el mismo autor, “estamos ante un proceso de conquistas definitivas del espíritu humano”⁷⁶.

Otra crítica expuesta por Cançado Trindade apunta a la falta de una correspondencia exacta entre la evolución del reconocimiento de los derechos humanos en el derecho internacional y la consagración jurídica de estos últimos en cuanto derechos fundamentales dentro de las constituciones nacionales. Mientras que en el derecho interno el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, fue históricamente posterior al de los derechos civiles y políticos —los primeros comenzaron a reconocerse a nivel constitucional a partir de la Constitución de México de 1917 y la de Weimar de 1919⁷⁷—, en el plano internacional la consagración de algunos sociales en el derecho internacional, especialmente de aquellos relativos al trabajo —a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo en 1919— precedió la adopción de convenciones internacionales más recientes dirigidas a tratar derechos civiles y políticos. De este modo, no existe un paralelismo *pari passu*, sostiene el brasileño, que permita imaginar esas generaciones de derechos entre la evolución de la materia en el derecho constitucional y el derecho internacional⁷⁸.

Por otra parte, si bien no es una crítica directa, se ha hecho notar lo reiterado con que se alude a la tesis de las generaciones, muchas veces sin un análisis riguroso, lo que genera el riesgo de terminar estableciendo una caricatura del desarrollo de los derechos humanos. “La sencillez y obviedad que

⁷⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio (1994). “Derechos de solidaridad”. En: Rodolfo CERDAS CRUZ & Rafael NIETO LOAIZA (compiladores), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo I. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 64.

⁷⁶ CANÇADO TRINDADE (1994), p. 72.

⁷⁷ La Constitución de México de 1917 consagró derechos fundamentales relativos al trabajo (artículos 4 y 5), así como el derecho a la educación (artículo 3). Por su parte, la Constitución de Weimar de 1919 fue más allá y estableció un sistema de seguridad social que incluyó la previsión de salud, la incapacidad laboral, la maternidad y la jubilación (artículo 161), además de consagrar la función social de la propiedad determinando que esta tiene como límites el abuso y que cada familia alemana debía acceder a una vivienda (artículo 155).

⁷⁸ Véase CANÇADO TRINDADE (1994), p. 65.

aparenta tener la tesis”, señalaba el filósofo argentino Eduardo Rabossi, “hace que se pasen por alto sus presuposiciones e implicaciones teóricas y prácticas”. Agregaba que ella debe ser estudiada y tomada con cautela ya que de lo contrario deviene en un *cliché*, esto es, una fórmula estereotipada caracterizada por su repetición, que “ha sido acogida por los especialistas como un artículo de fe que suele ser repetido maquinalmente y sin reservas”⁷⁹. En otras palabras, la propuesta de Vašák ha encontrado una aceptación y divulgación que, la mayoría de las veces, es acrítica por parte de quienes la siguen.

Los derechos de tercera generación o derechos de solidaridad interactúan con los derechos individuales y sociales, mas no los sustituyen. La solidaridad presupone una relación de compromiso y dependencia recíproca que se deriva de vivir en sociedad. Implica la idea de aceptar cargas en beneficio ajeno, considerando la situación privilegiada de algunos y desmejorada de otros. En definitiva, significa que las partes de una comunidad soporten el peso del conjunto que conforman. Solo así es posible pensar en un estándar mínimo de bienestar social: poder disfrutar de la libertad con cierta igualdad. Según Fernando Atria, la idea de solidaridad se puede expresar mediante el lema “de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades”, lo que enfatiza el deber comunitario de atender el bienestar de cada uno de sus miembros⁸⁰. Merece ponerse de relieve que la solidaridad no es del dominio exclusivo de ninguna categoría de derechos humanos en particular. Ella se manifiesta en la observancia de la totalidad los derechos humanos, pues todos estos poseen una dimensión social, en el sentido en que son ejercidos en un contexto social, sin perjuicio de que los derechos de tercera generación se vinculen en mayor grado con la propia comunidad y que por ello se invoque el principio de solidaridad con el objeto de establecer una relación especial con estos derechos.

Por último, Rabossi plantea que la consecuencia más perjudicial de seguir sin el debido juzgamiento la tesis de Vašák consiste en acoger la diferencia categorial de fondo que existiría entre las diversas generaciones de derechos humanos. De aquella diferencia se sigue que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos son distintas según la categoría o generación de derechos de que se trate. Los efectos de esta distinción fueron deslizados anteriormente, e implican que en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados deben abstenerse de interferir en una

⁷⁹ RABOSSI (1997), pp. 42-44.

⁸⁰ ATRIA, Fernando (2004). “¿Existen derechos sociales?”. *Discusiones*, N° 4, pp. 18.

esfera privada de los individuos para respetar y garantizar su vigencia, mientras que respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados se comprometen a adoptar medidas progresivas y hasta el máximo de los recursos disponibles. Sin embargo, no hay nada en el carácter de los derechos humanos, sugiere este autor, que determine estas radicales diferencias. Una postura que las avalara reflejaría una “distinción conceptual profunda”: que solo los derechos civiles y políticos serían considerados verdaderos derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales serían, en el mejor de los casos, solo programáticos⁸¹. Se hace necesario ahondar en estas consideraciones.

III. SOBRE LA SUPUESTA DICOTOMÍA ENTRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Hay quienes consideran el lenguaje de los derechos humanos como mera “retórica política” y dudan de la calidad de estos derechos. Para algunos, los derechos humanos solo serían derechos en la medida en que concedan a su titular las facultades propias de un derecho subjetivo, especialmente la exigibilidad. Un derecho subjetivo se concibe como un interés jurídicamente protegido, reconocido y garantizado por el derecho objetivo a la voluntad del sujeto, en cuanto supone siempre una obligación correlativa más o menos determinada que puede ser una acción o una abstención por parte de un sujeto distinto de su titular⁸². Estas premisas justifican su exigibilidad judicial (o justiciabilidad), esto es, “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho”⁸³.

De las categorías de derechos humanos, solo los derechos civiles y políticos se ajustarían a la noción de derechos subjetivos. La distinción entre generaciones que propone la tesis de Vašák, leída críticamente, contribuye a este entendimiento. Los derechos de primera generación suponen una abstención por parte de terceros, incluido el Estado que tiene un rol de garante. Ante el incumplimiento de la obligación correlativa al derecho civil o político, caracterizada por la abstención, los sujetos debieran gozar de la facultad de acudir ante un juez o tribunal de justicia. Así se procede en la generalidad de los ordenamientos. Pero no ocurre lo mismo respecto de los derechos de

⁸¹ RABOSI (1997), pp. 49-50.

⁸² Véase ALESSANDRI, SOMARRIVA & VODANOVIC (1998), pp. 15-16.

⁸³ ABRAMOVICH, Víctor & COURTIS, Christian (2001). “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”. En: Christian COURTIS & Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA (editores), *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, p. 10.

segunda generación. Su exigibilidad parece tal solo en el sentido programático, mas no en el sentido judicial. Los derechos económicos, sociales y culturales conllevan una obligación de implementación progresiva, consistente en “adoptar medidas”, obligación genérica que no resulta tan determinada o determinable como en el caso de los derechos civiles y políticos. En otras palabras, los derechos de segunda generación conllevarían solo obligaciones positivas que deben solventarse con recursos fiscales, por lo que su implementación no puede ser sino progresiva, conforme a la capacidad económica del Estado. Por estas razones, estos derechos no serían exigibles en sede judicial.

Más que una distinción profunda, parecer ser una dicotomía la que se va estableciendo —por parte de cierta doctrina que la propugna— entre los derechos civiles y políticos, “que sí se consideran derechos plenos” y los derechos económicos, sociales y culturales, “a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica” y que “no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables”⁸⁴. Quienes implícita o explícitamente adhieren a esta dicotomía enarbolan una serie de diferencias o criterios de distinción entre unos y otros derechos que servirían de justificación, a saber, que se trata de derechos negativos contra derechos positivos; derechos que suponen intervención del Estado contra derechos que suponen abstención del Estado; derechos costosos contra derechos sin costo; derechos que implican obligaciones precisas contra derechos que implican obligaciones imprecisas y políticas; derechos de implementación inmediata contra derechos de implementación progresiva⁸⁵.

Así, hay de un lado derechos que implicarían obligaciones negativas se agotarían en un “no hacer” por parte del Estado, por ejemplo: no detener arbitrariamente a las personas, no interferir en la propiedad privada o no restringir la libertad de expresión. Todas obligaciones precisas que no supondrían mayores costos y cuya implementación no puede esperar. Estos son los derechos civiles y políticos. Mientras que del otro lado, hay derechos cuyas obligaciones correlativas se agotarían en un “hacer” por parte del Estado, por ejemplo: asegurar el acceso a la educación estatal en sus distintos niveles, incluido el universitario o proveer servicios de salud. Conllevan prestaciones positivas que si bien no se encuentran precisamente determinadas —en muchos casos serían

⁸⁴ ABRAMOVICH & COURTIS (2001), p. 4.

⁸⁵ Para un estudio crítico sobre las diferencias que se argumentan para distinguir los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, véase FIGUEROA, Rodolfo (2009). “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, pp. 313-342.

incluso vagas—, sí resultarían costosas, por lo deben implementarse progresivamente. Estos son los “derechos” económicos, sociales y culturales. Respecto del primer grupo de derechos, bastaría con limitar la actividad estatal, prohibiendo su actuación o interferencia en ciertas esferas, mientras que respecto del segundo grupo de derechos, el Estado debería necesariamente actuar y disponer de recursos para realizar las prestaciones requeridas.

En el fondo de estas dicotomía habría una concepción “sesgada y naturalista” del rol y funcionamiento del aparato del Estado, que “coincide con una posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”, indican los investigadores argentinos Víctor Abramovich y Christian Courtis⁸⁶. Es decir, una concepción del Estado como garante de los derechos civiles y políticos mínimos, caracterización que concuerda con lo que Atria adjudica a una “visión liberal”, según la cual “son los derechos individuales los que constituyen el núcleo duro de legitimidad” y para la cual el Estado es utilizado como un “instrumento para hacer cumplir las obligaciones que los individuos tenían, respecto de los otros, incluso en el estado de naturaleza, y que correspondían a esos derechos naturales”⁸⁷. Aunque entrar en el terreno de los derechos naturales es cruzar otra frontera y no es propósito de esta memoria profundizar en estos asuntos, las palabras de este académico chileno se han insertado para exacerbar la crítica. Pues la supuesta dicotomía entre las categorías de derechos devela al mismo tiempo una determinada concepción política y jurídica, con arreglo a la cual los derechos no serían sino aquellos derechos que emanarían de la naturaleza del ser humano y cuyo fundamento sería anterior a todo vínculo político (en cuanto la existencia de la comunidad política, a través de la ficción jurídica que supone el contrato social, se justifica por la protección los derechos que este pretende asegurar). Y estos derechos, que después han sido llamados de primera generación, indica también Atria, fueron “concebidos originalmente como derechos del individuo en contra de la comunidad política”⁸⁸. No por nada Vašák dijo que ellos “se basan en el derecho a oponerse al Estado”⁸⁹.

Con todo, uno de los argumentos con que se distinguen unos derechos de otros, el de la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, sí encuentra fundamento normativo

⁸⁶ ABRAMOVICH, Víctor & COURTIS, Christian (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, p. 23.

⁸⁷ ATRIA (2004), p. 18.

⁸⁸ ATRIA (2004), p. 16.

⁸⁹ VAŠÁK (1977), p. 29.

en el derecho internacional de los derechos humanos. Una disposición del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula que los Estados partes tienen el deber de adoptar medidas, tanto por separado como a través de la asistencia y la cooperación internacionales, “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”⁹⁰. El derecho internacional regional americano de los derechos humanos ha considerado la cuestión de la progresividad de una manera bastante parecida⁹¹.

El artículo 2, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se diferencia del compromiso de los Estados partes de “garantizar y respetar” que hace el Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (también en su artículo 2, parte 1), obligación que ha sido entendida de carácter inmediato. En estas dos normas se basa, entonces, la alegada aplicación progresiva de unos frente a la aplicación inmediata de los otros. Sin embargo, la progresividad debe ser interpretada cuidadosamente. En ningún caso significa que los Estados no tengan la obligación de aplazar o postergar los derechos. Por el contrario, estos derechos exigen, en primer lugar, que se les reconozca y se garantice respecto de ellos un mínimo (sin el cual todo derecho está desprovisto de contenido). Vale decir, también implican obligaciones inmediatas. Desde esta base, los Estados deben procurar su implementación progresiva con miras a su plena efectividad y realización, bajo el entendido de que este proceso supone prestaciones que requieren recursos y capacidad económica. A este respecto, resulta pertinente reproducir el siguiente fragmento del párrafo 9 de la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que interpreta la índole de las obligaciones de los Estados partes a la luz del artículo 2, párrafo 1 del instrumento antes citado:

⁹⁰ ONU, Asamblea General (1966). *Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. A/RES/21/2200^a, artículo 2, párrafo 1.

⁹¹ El Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 26, titulado “desarrollo progresivo” —único artículo del capítulo III “derechos económicos, sociales y culturales”—, que las partes se comprometen a tomar providencias “para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” añadiendo que ello debe ser “en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Mientras que el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1, dispone que los Estados se comprometen a “adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos”.

“El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo [...]. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”⁹².

De manera similar se ha interpretado esta obligación en los Principios de Limburgo. Este es un documento elaborado en 1987 por un grupo de expertos convocados por la Comisión Internacional de Juristas con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En él se indica los Estados partes tienen la obligación de “comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto”⁹³. También se indica que la obligación de lograr progresivamente la efectividad de los derechos requiere que los Estados partes “actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos”, lo que “bajo ninguna circunstancia” debe ser interpretado de manera que “implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad”. Por el contrario, todos los Estados partes tienen la obligación de “comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto”⁹⁴.

Esta interpretación es reafirmada por las Directrices de Maastricht de 1997. Este es otro documento elaborado a partir de una invitación de la Comisión Internacional de Juristas, cuyo objeto era el de

⁹² ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). *Observación General N° 3*. Presentada el 14 de diciembre de 1990. E/1991/23, párrafo 9.

⁹³ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1986). *Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptados el 2-6 de junio de 1986, principio 16.

⁹⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1986), principio 21.

“ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos”, como reza su preámbulo. Una de las directrices señala que el hecho de que la plena efectividad de derechos (incluyendo a los derechos civiles y políticos) solo pueda lograrse a través de la progresividad, “no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible”. De este modo, al Estado le corresponde la obligación de “demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos”, a la vez que “no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la ‘aplicación progresiva’ del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento”⁹⁵.

En suma, la progresividad no debe entenderse en el sentido de que los Estados no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la vigencia de tales derechos, sino que en función de sus recursos materiales deben ir avanzando gradual y constantemente hacia la más plena realización de los derechos. Ello implica tanto gradualidad como progreso. Supone que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales —aunque esto es predicable también de los civiles y políticos— no va a lograrse de una vez y para siempre. Por el contrario, se trata de un proceso paulatino que requiere definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso evidencia que el disfrute de los derechos humanos debe ir constantemente mejorando. Esto quiere decir que todos los derechos humanos codificados en tratados internacionales contemplan un mínimo y su progresión está en manos de los Estados; todos una base normativa que debe atenderse sobre la cual se debe avanzar en su fortalecimiento.

El avance gradual o programático debe entenderse conjuntamente con las distintas clases de obligaciones que cada derecho humano entraña. Todo derecho comprende tres niveles de obligaciones: respetar, proteger y cumplir (también realizar o satisfacer; en inglés se habla de *fulfill*), tesis que se conoce también como el “triple esquema de obligaciones”. En conformidad a esta tesis, se puede definir cada una de las obligaciones como sigue⁹⁶. La obligación de respeto “requiere del

⁹⁵ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1997). *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptadas el 22-26 de enero de 1997, directriz 8.

⁹⁶ La tesis del triple esquema de obligaciones ha sido formulada por distintos autores. El investigador de la Universidad Diego Portales Rodolfo Figueroa atribuye su versión inicial al académico oxoniense Henry Shue (en su libro *Basic Rights* de 1980), según la cual existirían: 1) obligaciones de evitar privar un derecho; 2) obligaciones de proteger de la privación; 3) obligaciones de auxiliar al privado de su derecho. Esta propuesta sería reformulada por el noruego Asbjørn Eide (en

Estado y de todos su órganos y agentes que se abstengan de hacer nada que viole la integridad del individuo o infrinja su libertad de usar los recursos materiales disponibles para él en la forma en que considere mejor para satisfacer sus necesidades básicas”. La obligación de protección, por su parte, “requiere del Estado y sus agentes las medidas necesarias para prevenir que otros individuos o grupos violen la integridad, libertad de acción u otros derechos humanos del individuo, incluyendo impedir el disfrute de sus recursos materiales”. Por último, la obligación de cumplimiento (también obligación de realización o de satisfacción) “requiere del Estado adoptar las medidas necesarias para asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, las oportunidades de obtener satisfacción de sus necesidades, reconocidas en los instrumentos de derechos humanos, que no puedan ser aseguradas mediante esfuerzos personales”. Todas estas obligaciones —o niveles de obligaciones— deben ser entendidas y aplicadas respecto de cada derecho humano. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha acogido e incorporado este esquema a sus interpretaciones, desde su Observación General N° 12 sobre el derecho a la alimentación adecuada (de 1999)⁹⁷.

Como se advierte, la obligación de respetar (nivel primario) puede catalogarse de negativa pues supone una abstención por parte del Estado, mientras que las obligaciones de proteger (nivel secundario) y de cumplir (nivel terciario) se ajustan mejor a la idea de obligación positiva pues

su artículo “Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach” de 1989) en los siguientes términos: 1) obligación primaria de respetar; 2) obligación secundaria de proteger; 3) obligación terciaria de cumplir (realizar o satisfacer). Las definiciones de cada una de estas obligaciones corresponden a la síntesis que Figueroa hace de las proporcionadas por Eide y otros autores posteriormente. Véase FIGUEROA (2009), pp. 321-322.

⁹⁷ En este documento, dicho Comité sostiene que el derecho a la alimentación adecuada, “al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados partes: las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo”. Luego, otorga un entendimiento de cada obligación aplicado al derecho en cuestión que en buena medida se ajusta a las definiciones que aquí se han enunciado, descontando la subdivisión de la obligación de realizar (cumplir) en las obligaciones de facilitar (que guarda relación con la actividad del Estado tendiente a fortalecer el acceso) y de hacer efectivo (que se refiere a la obligación del Estado de satisfacer el derecho en los casos en que un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar del derecho). Véase ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999a). *Observación General N° 12*. Presentada el 12 de mayo de 1999. E/C.12/1999/5, párrafo 15. Cabe añadir que el triple esquema es reiterado en otras oportunidades por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular en sus opiniones interpretativas sobre los derechos a la educación, al más alto nivel posible de salud y el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (*Observación General N° 13*, *Observación General N° 14* y *Observación General N° 21*, respectivamente). En el caso del derecho de toda persona a participar en la vida cultural, este Comité subdivide la obligación de cumplir en las de facilitar, promover y proporcionar (o hacer efectivo). Esto será visto con mayor profundidad en el capítulo III, acápite II. c.

ambas conllevan la adopción de medidas especiales, sea para prevenir la interferencia de terceros o bien para asegurar el acceso y disfrute del derecho. Las medidas relacionadas con las obligaciones de protección y cumplimiento, por cierto, no son tan precisas o determinadas y, en general, resultan más costosas comparadas con las de abstención o no interferencia que se derivan de la obligación de respeto. Pero debido a que todos los derechos humanos comparten estas tres clases de obligaciones, todos ellos, en mayor o menor medida, entrañan obligaciones que pueden resultar costosas y/o que no se caracterizan por su determinación o precisión. No solamente los derechos económicos, sociales y culturales.

Del mismo modo, todos los derechos humanos implican un conjunto complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, vale decir, obligaciones de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de obligaciones de actuar en otros aspectos. Sin recurrir especialmente al esquema triple de obligaciones, es posible constatar que los derechos civiles y políticos no conllevan solo abstención por parte del Estado. Implican la creación de condiciones institucionales por parte de este para que no sean afectados por terceros y para que se pueda gozar de ellos. Por ejemplo, el derecho al debido proceso requiere la existencia y mantención de tribunales de justicia, mientras que el respeto al derecho de elegir y ser elegido supone la organización de un sistema de partidos políticos. A mayor abundamiento, incluso aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de obligación negativa, esto es, que requerirían solo una limitación en la actividad del Estado —por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria o la prohibición de violar correspondencia privada—, suponen una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad o se repare el perjuicio ocasionado producto de una intervención indebida, mediante el cumplimiento de funciones de policía, seguridad y justicia por parte del Estado⁹⁸.

Con estos argumentos se va derrumbando la supuesta dicotomía establecida entre unos y otros derechos. Esto no quiere decir que no existan diferencias entre ellos. Las diferencias existen, pero ellas han sido exageradas y no justifican una oposición cerrada y categórica. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, las obligaciones positivas revisten una relevancia simbólica mayor. Es decir, estos derechos implican un énfasis en las medidas relacionadas con el nivel secundario y terciario de obligaciones (proteger y cumplir, respectivamente) que, en general, se asocian más a una implementación progresiva que inmediata. Se trata, entonces, de un matiz. En

⁹⁸ ABRAMOVICH & COURTIS (2002), pp. 23-24.

ningún caso es una distinción profunda ni menos de una dicotomía. La actuación del Estado en uno u otro caso difiere en grado, pero no constituye una diferencia sustantiva.

Sin embargo, esta diferencia o matiz plantea dificultades en orden a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Precisamente por el hecho de que se caractericen, en mayor medida, por entrañar obligaciones positivas, surgen obstáculos a la posibilidad de reclamar ante un tribunal de justicia el cumplimiento de estas obligaciones. No resulta fuera de lugar presumir que los ordenamientos jurídicos tienden a establecer mecanismos judiciales para hacer frente al incumplimiento de obligaciones de respeto, dejando de lado los que pudieran servir para exigir obligaciones de protección y cumplimiento —pues consisten en obligaciones positivas y estas son en general costosas, deben implementarse gradual o progresivamente y no se encuentran del todo determinadas—, por lo que se advierte una falta de mecanismos procesales específicos para el resguardo de dichos derechos. No obstante, si se sigue esta lógica, siempre habrá al menos alguna obligación que resulte exigible en sede judicial. La adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con los derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requerirá siempre un esfuerzo imaginativo adicional para considerar nuevas maneras de utilización de herramientas jurídicas tradicionales. Para lograr la justiciabilidad de estos derechos, Abramovich y Courtis agregan que también se debe contar con “un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos”⁹⁹.

Por otra parte, cabe reiterar que todos los derechos humanos implican obligaciones mínimas que deben ser implementadas de manera inmediata por los Estados. Si bien establecer cuáles son las obligaciones mínimas relativas a cada derecho significa una tarea interpretativa para cada caso, no asegurar este contenido mínimo constituye una violación al derecho en cuestión. En términos abstractos, las obligaciones mínimas de un derecho han de entenderse como aquellas que aseguran un nivel mínimo esencial, vale decir, el contenido básico del derecho y sin el cual este se encuentra desprovisto de toda significación práctica. Estas obligaciones mínimas, en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, son aplicables “independiente de la disponibilidad de recursos en

⁹⁹ ABRAMOVICH & COURTIS (2002), pp. 46-47.

el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad”, como bien se señala en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁰.

Existen elementos que hacen factible la justiciabilidad de estos derechos, pero todavía resta mucho por hacer en este sentido. Se debe partir por resaltar su importancia. Esto no pasa por entenderlos como derechos subjetivos. Al hacer esto, se pierde de vista que hablar de derechos humanos no equivale a hablar de derechos subjetivos. La noción de derechos subjetivos proviene del derecho privado, que es un lenguaje jurídico distinto del de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales deben reivindicarse por lo que son: derechos humanos. Como tales, constituyen instrumentos para la libertad y la igualdad, y juegan un relevante rol en la generación de ciudadanía. Ellos simbolizan “una manera más amplia, más completa de concebir la ciudadanía, y como la ciudadanía es la pertenencia a una comunidad política, los derechos sociales [...] son la consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria”, dice Atria¹⁰¹. Comprenderlos así contrarresta y permite dejar atrás la concepción según la cual solo los derechos civiles y políticos son genuinamente derechos.

En suma, los derechos sociales —enunciación que implícitamente abarca los derechos económicos, sociales y culturales— son tan derechos humanos como los civiles y políticos. La supuesta dicotomía que se intenta establecer entre unos y otros no es tal. Hay diferencias entre ellos, pero estas han sido exageradas, lo que ha permitido la hegemonía de una concepción reduccionista de los derechos humanos, que ve como verdaderos derechos aquellos de primera generación. Todos los derechos humanos suponen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento, lo que conlleva obligaciones negativas y positivas. Por lo demás, esta falsa dicotomía se encuentra en contradicción con los principios de unidad de los derechos humanos con arreglo a los cuales ser interpretados. Este es el tema que se tratará a continuación.

IV. PRINCIPIOS FORMALES QUE RIGEN LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993¹⁰² proclama que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”¹⁰³. Desde

¹⁰⁰ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1997), directriz 9.

¹⁰¹ ATRIA (2004), p. 15.

¹⁰² Dicho instrumento surgió tras la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, realizada en la sede de las Naciones Unidas en Viena. Esta reunión encontraba un precedente en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos llevada

entonces, esta formulación ha sido habitualmente citada para describir los principios formales que rigen los derechos humanos y conforme a los cuales deben ser interpretados. ¿Qué significan exactamente los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación?

Los derechos esenciales al ser humano se refieren a bienes jurídicos importantes, constitutivos de lo que se considera dignidad humana. Si la principal finalidad del reconocimiento de los derechos humanos consiste en establecer ciertos derechos mínimos que permitan al ser humano vivir en libertad, sobre la base del valor de la persona humana y su dignidad intrínseca¹⁰⁴, estos derechos representan exigencias éticas que resultan especialmente relevantes. En primer lugar, hay una exigencia ética que justifica la universalidad de los derechos humanos. El constitucionalista español Gregorio Peces-Barba, en una enunciación bastante kantiana, afirmaba que el principio de la universalidad “se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida”¹⁰⁵.

La universalidad supone que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos, lo que hace referencia a su titularidad. Se trata de derechos inherentes a todas las personas y en consecuencia no cabe sobre ellas ninguna clase de discriminación. Esto muestra que la universalidad está fuertemente vinculada con el principio de igualdad y no discriminación. Incluso se ha sugerido que igualdad jurídica y universalismo serían lo mismo, pues la primera consiste en la idéntica titularidad y garantía de los derechos humanos¹⁰⁶. Dado que existe titularidad universal

a cabo en Teherán en 1968, celebrada con motivo de vigésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (y de la que surgió el documento llamado Proclamación de Teherán). La instancia realizada en Viena tuvo por objeto discutir los obstáculos y problemas existentes que impiden la plena realización de los derechos humanos y reafirmar el compromiso de la comunidad internacional con su respeto. Una de las disposiciones más importantes de la Declaración y Programa de Acción de Viena consiste en la creación del cargo de Alto Comisionado para los Derechos Humanos, institución que fue ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a fines de 1993.

¹⁰³ ONU, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Adoptada el 25 de junio de 1993. A/CONF/157/23, artículo 5.

¹⁰⁴ Véase ONU, Asamblea General (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptada el 10 de diciembre de 1945. A/RES/217^a, preámbulo, párrafo 2.

¹⁰⁵ PECES-BARBA, Gregorio (1994). “La universalidad de los derechos humanos”. *Doxa*, N° 15-16, p. 624.

¹⁰⁶ VÁZQUEZ, Luis Daniel & SERRANO, Sandra (2011). “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”. En: Miguel CARBONELL & Pedro SALAZAR (coordinadores). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma*. México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, p. 143.

respecto de ellos, son inviolables en la misma medida respecto de mujeres y hombres, sin distinción alguna de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, tal como dispone el artículo 2 de la Declaración Universal. Además de inviolabilidad, la titularidad supone también que los derechos humanos sean exigibles. Pero esta exigibilidad no es absoluta. Los derechos humanos se protegen para no infringir la dignidad humana, pero lo razonable de pensar es que aquellos se adecuan a las circunstancias. En razón de esta flexibilidad acotada es que son universales, pues su naturaleza permite que al amoldarse a las contingencias y contextos, estén siempre con la persona. La universalidad “se centra en el sujeto de derechos según su contexto y la reinterpretación de los derechos a partir de las necesidades locales”¹⁰⁷.

Además de la universalidad, encontramos la indivisibilidad. Este principio de los derechos humanos indica que los derechos humanos reconocidos internacionalmente se encuentran estrechamente relacionados entre sí, de manera tal que no deben interpretarse separadamente, como si fueran elementos aislados. En efecto, el texto de la Declaración Universal de 1948 da cuenta del acuerdo entre las naciones concurrentes respecto de la integración de todos los derechos consagrados en ella, por cuanto todos y por igual representan una misma aspiración para la humanidad. Dicho instrumento incluye, sin reconocer jerarquías o establecer distinciones —en su preámbulo se habla de una “concepción común” de estos derechos—, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pues todos ellos conforman una estructura inseparable. No obstante, el consenso respecto a la unidad e integridad de los derechos humanos al interior de la comunidad internacional no fue permanente. Los efectos polarizantes de la guerra fría se hicieron patentes en el debate en torno a la adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, pues originalmente estaba previsto adoptar un único instrumento. Mientras un grupo de Estados alegaba la prioridad de los derechos civiles y políticos, argumentando que la libertad del individuo constituye condición indispensable para su existencia, otro bloque reclamaba la relevancia de los derechos económicos y sociales, sosteniendo que solo la realización de las necesidades sociales básicas haría posible la plena participación del individuo en otras actividades. A 50 años de la firma de estos instrumentos, resulta decidir que Estados Unidos, habiendo firmado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no lo haya ratificado aún; que en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo propio ocurra con China.

¹⁰⁷ VÁZQUEZ & SERRANO (2011), p. 144.

De todas maneras, los preámbulos de ambos tratados internacionales reconocen que el “ideal del ser humano libre” puede realizarse solo si se crean “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (el orden de enunciación de los derechos varía según el Pacto de que se trate). Así, pese a la adopción de dos convenciones, se dejó constancia de la idea de indivisibilidad de estos derechos. En el mismo sentido, la Proclamación de Teherán de 1968, indica que “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”¹⁰⁸. Con este documento se comienza a establecer el uso del término “indivisible” para referirse a la unidad que debe existir entre los diversos derechos humanos. Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas oficializó la referencia al principio de indivisibilidad y también al de interdependencia en su Resolución 35/174 de 1977, en la que se indica lo siguiente:

“Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁰⁹.

Los dos últimos instrumentos citados aluden al concepto de indivisibilidad e introducen los de interdependencia e interrelación. La Declaración y Programa de Acción de Viena, en su artículo 5, inmediatamente después de enunciar los principios de los derechos humanos, agrega que la comunidad internacional debe tratar estos derechos “en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso”. Así, se pone de manifiesto que debe darse igual atención a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Los derechos humanos se complementan, se refuerzan y se potencian recíprocamente. No conviene tomarlos de manera aislada, prescindiendo del conjunto que forman. En cuanto a la interdependencia y la interrelación, estos son dos conceptos bastante similares. Ambas voces llevan el prefijo *inter* que significa “en medio” o “entre”, por lo que mientras

¹⁰⁸ ONU, Conferencia Internacional de Derechos Humanos (1968). *Proclamación de Teherán*. Adoptada el 13 de mayo de 1968. A/CONF/32/41, párrafo 13.

¹⁰⁹ ONU, Asamblea General (1980). *Distintos Criterios y Medios Posibles dentro del Sistema de las Naciones Unidas para Mejorar el Goce Efectivo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Adoptada el 15 de diciembre de 1980. A/RES/35/174, párrafo 1, letra a).

interdependencia señala la mutua dependencia existente entre los derechos humanos, la interrelación supone que hay una relación fundamental entre ellos. La sutileza de esta distinción da cuenta de la lógica de género a especie que se advierte entre los dos conceptos. La interrelación, aunque mencionada al final, supone un término más amplio, en virtud del cual no pueden ejercerse los derechos humanos sin vincularse con los demás, mientras que la interdependencia implica una clase especial de relación entre aquellos, según la cual goce de un derecho humano depende de la realización de los demás derechos humanos. Así, los principios de interdependencia e interrelación resultan estrechamente asociados al principio de indivisibilidad.

V. INSTITUCIONALIDAD INTERNACIONAL RELEVANTE EN LA ESFERA CULTURAL

Es menester realizar una aclaración metodológica relativa al lugar de este acápite. El propósito aquí no es más que describir ciertas instituciones en el orden internacional que resultan relevantes por su incidencia política en la esfera o ámbito de la cultura, por lo que bien podría haberse situado después del acápite I, como prolongación de la reseña sobre el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la decisión de ubicarlo al final del presente capítulo, solo después de abordar ciertos asuntos espinosos sobre la naturaleza de los derechos humanos —la tesis de las generaciones, que conduce luego a la cuestión sobre la supuesta dicotomía entre unos y otros derechos, para tratar finalmente los principios formales que los rigen—, se justifica por la especificidad de las instituciones y documentos que se caracterizan (que no guardan relación únicamente con la Organización de las Naciones Unidas) y por el hecho de que mediante este ejercicio descriptivo se permite introducir la importancia de los derechos culturales, lo cual sirve de puente para el próximo capítulo, cuyo tema versa, precisamente, sobre el contenido y alcance de estos derechos.

V. A. ÓRGANOS PERTINENTES AL INTERIOR DE LAS NACIONES UNIDAS

Dentro de la estructura interna de las Naciones Unidas, un órgano de relevancia en la esfera cultural es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité fue creado en 1985, en virtud de la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social, para llevar a cabo las funciones de vigilancia en la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Uno de los recursos más eficaces de que dispone el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para dichos efectos es la formulación de una Observación General. A través de

este instrumento, el Comité emite su opinión interpretativa sobre el contenido y alcance de los diferentes derechos reconocidos en el Pacto. Parte de estas interpretaciones serán analizadas más adelante.

Otro órgano de incidencia en el ámbito cultural (aunque de un modo indirecto) es el Consejo de Derechos Humanos, creado por la Asamblea General en 2006 mediante Resolución 60/251. Esta entidad vino a reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos y entre sus atribuciones se encuentra la de crear procedimientos especiales, consistentes en mandatos relativos a un tema o Estado en particular, ejecutados por expertos independientes nombrados para estos efectos, quienes pueden presentar informes y asesorar al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas —órgano del cual el Consejo de Derechos Humanos es dependiente—, respecto de los asuntos en los que ejercen su mandato. A la fecha, existen 41 mandatos temáticos y 14 mandatos de país vigentes¹¹⁰. Uno de dichos procedimientos especiales es el mandato de Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales. Este fue establecido por Resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos, de fecha 26 de marzo 2009, bajo el nombre inicial de Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales, nombrándose a la socióloga pakistaní Farida Shaheed para ejercerlo. La misión del mandato se puede caracterizar por el propósito de contribuir a superar los obstáculos actuales en la promoción y protección de los derechos culturales. Luego de tres años, la Resolución 19/6 del Consejo de Derechos Humanos, del 22 de marzo de 2012, ratificó y prolongó por tres años el mandato, ahora bajo la denominación definitiva de Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales. Luego, mediante la Resolución 28/9, de fecha 10 de abril de 2015, el Consejo de Derechos Humanos renovó el cargo por otro periodo de tres años, nombrando posteriormente a la abogada y académica de origen argelino Karima Bennoune como nueva Relatora. Desde la creación del mandato en 2009, la Relatora Especial ha elaborado diversos informes periódicos en los que se examina el contenido y alcance de los derechos y libertades en la esfera de la cultura, se desmenuzan sus características, se identifican las mejores prácticas destinadas a la promoción y protección de estos derechos, y se proponen medidas y recomendaciones dirigidas principalmente a los Estados. Algunas consideraciones vertidas en estos informes serán abordadas en el próximo capítulo de esta memoria.

¹¹⁰ Según información contenida en el sitio web del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

V. B. UNESCO: ESTRUCTURA Y FUNCIONES

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura es un organismo especializado de las Naciones Unidas —su nombre ya lo indica— que reviste suma importancia e incidencia en la esfera de la cultura. La Unesco (acrónimo de su nombre en inglés) nació a partir de la iniciativa de ministros de Educación de los países aliados quienes, en medio de la Segunda Guerra, abogaron por reconstruir los sistemas educativos europeos, fuertemente golpeados por los actos bélicos, en un marco de paz y cooperación mutua. Este objetivo se institucionalizó mediante la Conferencia para el Establecimiento de una Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas, convocada por el gobierno del Reino Unido en asociación con el de Francia y celebrada en Londres en noviembre de 1945. Al término de esta reunión se resolvió crear la entidad mediante la adopción de su Constitución, la que entró en vigor un año más tarde. El preámbulo de este instrumento parte reconociendo los males de la guerra y reivindicando el valor de la paz, para luego estimar que “la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad humana y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua”. También señala que los Estados partes crean la presente organización con el fin de “alcanzar gradualmente, mediante la cooperación de las naciones del mundo en las esferas de la educación, de la ciencia y de la cultura, los objetivos de paz internacional y de bienestar general de la humanidad”. A continuación, este objetivo es reformulado en términos más amplios, según los cuales el propósito de la Unesco consiste en contribuir “a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”¹¹¹.

La Unesco tiene actualmente 195 Estados miembros y 10 miembros asociados¹¹². Su estructura organizacional está basada en tres órganos, según dispone el artículo III de su Constitución: la Conferencia General, el Consejo Ejecutivo y la Secretaría. La Conferencia General se constituye de todos los Estados miembros de la organización y sesiona ordinariamente cada 2 años. Entre sus funciones destaca la de determinar la orientación y la línea de conducta general de la organización,

¹¹¹ UNESCO, Conferencia General (1945). *Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura*. Adoptada el 16 de noviembre de 1945, artículo I, parte 1.

¹¹² Según información contenida en el sitio web de la Unesco (en inglés): <http://www.unesco.org/new/en/member-states/countries/> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

así como decidir sobre los programas que se implementan; convocar, cuando lo estime conveniente, conferencias internacionales sobre los asuntos de su competencia; pronunciarse en favor de proyectos que hayan de ser sometidos a los Estados miembros (lo que implica distinguir *a priori* el carácter normativo del instrumentos a adoptar, considerando que mientras las recomendaciones son instrumentos orientadores para los Estados y no requieren ratificación por parte de estos, tanto las declaraciones como las convenciones sí implican la posibilidad de ratificación); recibir y examinar los informes que dirijan a la organización los Estados partes respecto de las medidas que hayan adoptado en relación con las recomendaciones y las convenciones (artículo IV del mismo cuerpo normativo). El Consejo Ejecutivo, por su parte, se compone de 58 Estados miembros, los que procurarán designar como representantes a personas calificadas en una o más de las esferas de competencia de la organización, y desempeñan sus funciones desde el final de la reunión de la Conferencia General en que hayan sido elegidos hasta la clausura de la reunión siguiente. Las funciones del Consejo Ejecutivo consisten en preparar las reuniones de la Conferencia General; examinar el programa de trabajo de la organización y los presupuestos; ser responsable de la ejecución del programa aprobado por la Conferencia General; asesorar, cuando corresponda, a la Organización de las Naciones Unidas en aspectos educativos, científicos y culturales de las cuestiones que puedan ser de su interés (artículo V). Por último, la Secretaría se constituye del Director General de la Unesco, además del personal necesario para el desempeño de sus funciones. Dicha autoridad es electa por la Conferencia General, previa recomendación del Consejo Ejecutivo, para el cumplimiento de un mandato de 4 años, con posibilidad de reelección. Sus atribuciones más relevantes consisten en participar, con voz y sin voto, en todas las reuniones de la Conferencia General, del Consejo Ejecutivo y de las comisiones especializadas y formular proposiciones sobre las medidas que hayan de tomar los demás órganos; preparar informes periódicos sobre las actividades de la organización y transmitirlos a los demás órganos (artículo VI).

La Unesco juega un rol imprescindible en el incentivo de la cooperación internacional en asuntos culturales, incluida la promoción de los derechos culturales, con arreglo al objetivo de contribuir a la colaboración entre las naciones dentro de los ámbitos de su competencia —educación, ciencia y cultura—, comprendido en el artículo I de la Constitución de la Unesco. En gran medida, lo anterior se materializa a través de la elaboración y adopción de instrumentos normativos, ya sean recomendaciones, convenciones o declaraciones. Aquí cabe referirse a la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, la declaración más antigua adoptada por la

organización. Este instrumento, aprobado por la Conferencia General de la Unesco el 4 de noviembre de 1966 (fecha del vigésimo aniversario de su establecimiento), parte reafirmando los principios que orientan el trabajo de la propia Unesco, para luego enunciar tres cuestiones fundamentales sobre las que se debe basar la cooperación cultural: que “toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos”, que “todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura” y, finalmente, que “todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad”¹¹³. El artículo IV señala que una de las finalidades de la cooperación cultural internacional, en sus diversas formas —sea bilateral o multilateral, regional o universal—, consiste en “desarrollar las relaciones pacíficas y la amistad entre los pueblos, llevándolos a comprender mejor sus modos de vida respectivos”. El artículo V, en tanto, califica la cooperación cultural en términos de un derecho y un deber de “todos los pueblos y de todas las naciones, los cuales deben compartir su saber y sus conocimientos”. En definitiva, esta Declaración reafirma que la cooperación cultural, basada en las relaciones diplomáticas y la asistencia entre Estados soberanos, reviste gran importancia para la Unesco, toda vez que resulta un factor determinante en el desarrollo cultural de los pueblos.

V. C. OTRAS ENTIDADES INTERNACIONALES SIGNIFICATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA CULTURA

Un buen ejemplo de cooperación cultural internacional representa la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (abreviada OEI). Esta organización nació en 1949 con el nombre de Oficina de Educación Iberoamericana, luego del I Congreso Iberoamericano de Educación celebrado ese mismo año en Madrid, que reunió a los ministros de Educación de los países iberoamericanos (lo que se asemeja al surgimiento de la Unesco). En su II Congreso, que tuvo lugar en Quito en 1954, se decidió transformar la OEI en un organismo intergubernamental, integrado por Estados soberanos, y con tal carácter se constituyó en el III Congreso llevado a cabo Santo Domingo en 1957, oportunidad en la que se suscribieron sus primeros estatutos, vigentes hasta 1985. Ese año se celebró una reunión extraordinaria del Congreso en Bogotá, en la que se decidió cambiar la antigua denominación por su nombre actual y ampliar sus objetivos. Esta modificación afectó también al nombre de su órgano supremo, el Congreso Iberoamericano de Educación, que se transformó en Asamblea General. Ese mismo año,

¹¹³ UNESCO, Conferencia General (1966). *Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional*. Adoptada el 4 de noviembre de 1966, artículo 1.

durante la reunión de la Asamblea General ocurrida Panamá, se ratificaron las modificaciones y se suscribieron los actuales estatutos de la OEI.

Esta organización se estructura en tres órganos: la Asamblea General, el Consejo Directivo y la Secretaría General. El primero se integra de representantes de los Estados miembros, encargándose de fijar las políticas generales de la organización, sus programas y presupuestos. El Consejo Directivo, en tanto, es el órgano delegado de la Asamblea General para el control administración de la organización y está integrado por los ministros de Educación de los Estados miembros o por sus representantes. Mientras que la Secretaría General es el órgano delegado permanente de la Asamblea General para la dirección ejecutiva de la OEI, siendo el brazo de la organización que se relaciona directamente con los gobiernos, organizaciones internacionales y otras instituciones. La función de la OEI se sintetiza en contribuir a fortalecer el conocimiento, la comprensión mutua, la integración, la solidaridad y la paz entre los pueblos iberoamericanos a través de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura. Sus iniciativas incluyen publicaciones académicas, entre las que destaca la revista *Pensar Iberoamérica*. Pero el acto más relevante de la OEI en términos de cooperación cultural ha sido el impulso que dio a la Carta Cultural Iberoamericana —mediante consultas a los gobiernos de la región y constituyendo un comité de expertos—, adoptada tras la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno realizada en Montevideo en 2006¹¹⁴. Estructurada en un preámbulo y una declaración sobre los fines, principios, ámbitos de aplicación y un último acápite acerca del “espacio cultural iberoamericano”, dicho instrumento parte por afirmar el valor central de la cultura como “base indispensable para el desarrollo integral del ser humano y para la superación de la pobreza y de la desigualdad”¹¹⁵.

En cuanto a organizaciones no gubernamentales, se puede mencionar la labor que ha efectuado la Fundación Forum Universal de las Culturas. Ella fue la organizadora del Foro (*Fòrum*, en catalán)

¹¹⁴ Cabe aquí precisar que la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en conjunto con otros organismos como la Organización Iberoamericana de Seguridad Social y el Organismo Internacional de Juventud para Iberoamérica, conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones, cuyo órgano superior es la Secretaría General Iberoamericana. Pero esta comunidad no constituye una organización internacional en términos formales, toda vez que no tiene estatutos propios ni ha sido reconocida como tal en ningún tratado internacional que hayan suscrito los países que la componen. Esta comunidad delibera mediante cada Cumbre Iberoamericana, instancia anual que reúne a los jefes de Estado de los países iberoamericanos.

¹¹⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (2006). *Carta Cultural Iberoamericana*. Adoptada el 4-5 de noviembre de 2006, primer párrafo de “fines”. Disponible en: http://www.oei.es/xvi/xvi_culturaccl.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

Universal de las Culturas, instancia de encuentro y debate en torno al rol de la cultura, cuyo objetivo consiste en fomentar “el compromiso ciudadano con el diálogo, la creatividad y el sentido común para un desarrollo justo, humano, sostenible y pacífico”¹¹⁶. El I Fórum Universal se celebró en 2004 en Barcelona, ciudad sede de la fundación, en la que se construyó un edificio de grandes proporciones para albergar las actividades del evento, actualmente el *Museu Blau de Ciències Naturals*. Desde entonces, el evento se ha realizado cada tres años en una ciudad escogida tras un proceso de selección que conlleva candidaturas, y los temas generales de los foros guardan relación con el desarrollo sostenible, las condiciones para la paz y la diversidad cultural. El II Fórum Universal de las Culturas tuvo lugar en Monterrey, México, en 2007, mientras que el tercero fue efectuado en Valparaíso, Chile, en 2010. La última versión se llevó a cabo en Nápoles, Italia, en 2014. La celebración del quinto Fórum estaba prevista para este 2016 en Ammán, Jordania. Sin embargo, esta ciudad renunció ante la imposibilidad de organizar el evento debido a las circunstancias bélicas, marcadas por la guerra en Siria, país vecino, y la crisis humanitaria y de refugiados que dicho conflicto ha generado¹¹⁷. No se ha comunicado hasta el momento la ciudad ni la fecha de la realización del Fórum.

Con todo, fue en el marco del I Fórum Universal de 2004 que se adoptó la Agenda 21 de la Cultura, bajo la coordinación de la Comisión de Cultura de CGLU (sigla de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos), organización que reúne a gobiernos locales, metropolitanos y regionales de todo el mundo. La Agenda 21 de la Cultura es una guía “con vocación mundial” que sienta “las bases de un compromiso de las ciudades y los gobiernos locales para el desarrollo cultural”¹¹⁸. Su objetivo es servir de referencia a estas autoridades en la orientación de sus planes y programas culturales, considerando especialmente las estrategias urbanas. El documento contiene 67 artículos o puntos, divididos en tres apartados: “principios”, “compromisos” y “recomendaciones”. Hay en la Agenda 21 de la Cultura cinco grandes temas que se desarrollan y enlazan la cultura con asuntos relevantes en el debate actual de políticas públicas: derechos humanos; gobernanza; sostenibilidad y desarrollo;

¹¹⁶ Según información contenida en el sitio web de la Fundación Forum Universal de las Culturas: <http://www.fundacioforum.org/institucional.asp?id=7> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

¹¹⁷ Según nota periodística del periódico español *El País*, “El Fórum, moribundo”, de fecha 18 de octubre de 2015. Disponible en: http://caaa.elpais.com/caaa/2015/10/17/catalunya/1445111423_007254.html [última consulta el 1 de diciembre de 2016]

¹¹⁸ CIUDADES Y GOBIERNOS LOCALES UNIDOS (2004). *Agenda 21 de la Cultura*, p. 3. Disponible en: <http://www.agenda21culture.net/index.php/docman/agenda21/222-ag21es/file> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

inclusión social y, por último, economía. En cuanto a los derechos culturales, hay un principio enunciado en artículo 3 del documento, en el que se reconoce que ellos “forman parte indisoluble de los derechos humanos”, y se reafirma la idea —que será abordada en el capítulo III, acápite I. D.— de que nadie puede invocar la diversidad cultural para atentar contra los derechos humanos garantizados por el derecho internacional. Desde su adopción, la Agenda 21 de la Cultura ha suscitado creciente interés y cada vez más ciudades, gobiernos locales y organizaciones no gubernamentales han adherido a ella¹¹⁹.

Cabe mencionar otra iniciativa relevante en materia de cooperación cultural realizada por la organización Ciudades y Gobiernos Locales Unidos, a saber, la Cumbre de Cultura. Su primera versión se llevó a cabo en la ciudad de Bilbao, España, en marzo de 2015, y tuvo como enfoque la relación entre la cultura y las ciudades sustentables. En ella se adoptó el documento denominado Cultura 21: Acciones, que viene a complementar la Agenda 21 de la Cultura, agregándose el cuerpo de principios, compromisos y recomendaciones. Más que “acciones”, se trata de lineamientos (el documento habla también de compromisos), presentados en nueve secciones temáticas, cuyo propósito es servir de guía en la elaboración e implementación de políticas culturales¹²⁰. El segundo plenario de la I Cumbre de Cultura de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos —cuyo tema versaba sobre los “derechos culturales en la ciudad”—, tuvo como principal oradora a la Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales de las Naciones Unidas. En su presentación, Shaheed sostuvo que la “democracia cultural” solo se puede alcanzar garantizando los derechos culturales de todas las personas, derechos que no se limitan a quienes se identifican como artistas o científicos, sino que “incluyen los derechos de todas las personas a la creatividad y a la expresión cultural”, lo que abarca el derecho a no participar en aspectos de la cultura que socavan la dignidad humana, así como el derecho a abandonar, unirse o crear nuevas comunidades de valores culturales compartidos. Agregó que los gobiernos locales tienen una posición fundamental en estas materias,

¹¹⁹ La organización Ciudades y Gobiernos Locales Unidos propone un modelo de documento para que las ciudades, gobiernos locales y organizaciones interesadas en adherirse a ella puedan hacerlo de manera expedita. Este documento tipo, junto con una lista actualizada de los adherentes a la Agenda 21 de la Cultura se puede encontrar en su sitio web: <http://www.agenda21culture.net/index.php/es/quienes-somos/adopcion> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

¹²⁰ Las nueve secciones temáticas son: derechos culturales; patrimonio, diversidad y creatividad; cultura y educación; cultura y medio ambiente; cultura y economía; cultura, equidad e inclusión social; cultura, planificación urbana y espacio público; cultura, información y conocimiento; gobernanza de la cultura. Para cada uno de ellos, el documento propone una serie de acciones a adoptar. Véase CIUDADES Y GOBIERNOS LOCALES UNIDOS (2015a). *Cultura 21: Acciones*. Adoptada el 19 de marzo de 2015. Disponible en: http://www.agenda21culture.net/images/a21c/nueva-A21C/C21A/C21_015_spa.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

toda vez que pueden “facilitar los intercambios en todas las direcciones, abordar las desigualdades y combatir la discriminación”¹²¹.

Por último, otra entidad bastante relevante en el desarrollo de los derechos culturales es el Grupo de Friburgo, agrupación internacional de académicos interesados en estos derechos que se encuentran vinculados al Instituto Interdisciplinario de Ética y Derechos Humanos de la Universidad de Friburgo, Suiza. El Grupo de Friburgo venía identificándose como tal desde la realización del VIII Coloquio Interdisciplinario de Derechos Humanos de 1991, organizado por dicha institución universitaria y que tuvo como foco los derechos culturales, oportunidad en la que se consensuó calificarlos como “una categoría subdesarrollada de derechos humanos”¹²². Con fecha 7 de mayo de 2007, el Grupo de Friburgo presentó la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales. Compuesta de un preámbulo y 12 artículos, es un instrumento que si bien no tiene el carácter de una convención, constituye el esfuerzo más serio en orden a clarificar el contenido y la importancia de estos derechos¹²³. En su preámbulo, la Declaración de Friburgo señala que los derechos culturales son, tal como los demás derechos humanos, “expresión y exigencia de la dignidad humana” y que estos juegan un rol esencial en la prevención de guerras, terrorismo y violencia. Luego, enuncia principios

¹²¹ CIUDADES Y GOBIERNOS LOCALES UNIDOS (2015b). *Cumbre de Cultura de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos. Cultura y Ciudades Sostenibles* (Informe Final), pp. 9-10. Disponible en: http://www.agenda21culture.net/images/a21c/summits/bilbao/report_CultureSummit-CGLU-Bilbao_SPA-low.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

¹²² De hecho, el libro que reúne las actas de dicho coloquio lleva por título *Les Droits Culturels. Une Catégorie Sous-Développée de Droits de l'Homme*. Fue editado por la Universidad de Friburgo en 1993 bajo la responsabilidad del académico francés Patrice Meyer-Bisch, coordinador del Instituto Interdisciplinario de Ética y Derechos Humanos que organizó la instancia. El texto se encuentra íntegramente disponible en el sitio web de dicha universidad: https://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/Publications/DroitsCulturels_Complet_opt.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

¹²³ La Declaración de Friburgo encuentra como antecedente un proyecto de declaración sobre derechos culturales que fue propuesto de oficio por un grupo de expertos entre los que se encontraban varios miembros del Grupo de Friburgo, toda vez que se realizó a instancias de una reunión convocada por el propio Instituto Interdisciplinario de Ética y Derechos Humanos de la Universidad de Friburgo, en conjunto con el Consejo de Europa y la Unesco en 1995. El texto proclamó una serie de derechos que se adjudican a toda persona, a título individual o colectivo, a saber: a la identidad y patrimonio culturales; a la pertenencia a una comunidad cultural; a la participación en la vida cultural; a la educación y formación; a la información; a la participación en las políticas culturales. Adicionalmente, consignó la responsabilidad general de los miembros de la sociedad civil, los poderes públicos y el Estado en general. El proyecto de declaración estuvo preparado para septiembre de 1997 y fue publicado en 1998, sin mayor repercusión. La versión en español se encuentra como anexo en la colección de ensayos editada por la Unesco en 2001, que se titula *¿A Favor o en Contra de los Derechos Culturales?* Véase UNESCO (2001), *¿A Favor o en Contra de los Derechos Culturales? Compilación de Ensayos en Conmemoración del Cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos* (bajo la dirección de Halina NIEI). París: Ediciones Unesco. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123891S.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016], apéndice C, pp. 319- 322.

fundamentales —en primer lugar, menciona la no discriminación en el ejercicio de los derechos culturales— y define ciertos términos relevantes, indicando que el término cultura comprende “los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo”¹²⁴. Utilizando esta definición como marco, que expresa una noción antropológica amplia de cultura, la Declaración de Friburgo reúne y hace explícitos derechos que se encontraban ya reconocidos en diversos instrumentos normativos del derecho internacional, aunque de manera dispersa, desarrollándolos y precisando su sentido y alcance. Como se señala al final del documento, esta clarificación se hace necesaria para “demostrar la importancia de los derechos culturales, como también la de las dimensiones culturales de los demás derechos humanos”¹²⁵.

La Declaración de Friburgo constituye una guía de aplicación de los derechos culturales que se encuentra dirigida a todas las personas, comunidades, instituciones y organizaciones que “tengan la intención de participar en el desarrollo de los derechos, libertades y responsabilidades” que en el documento se proclaman. Entre los derechos reconocidos se encuentra el de toda persona, sea como individuo o como parte de un colectivo, a que su identidad cultural sea respetada y conocida en la forma en que quiera expresarla, así como a conocer los derechos humanos y las libertades fundamentales, a la educación, información, al resguardo de los patrimonios culturales y a la obtención de recursos para las generaciones presentes y futuras (artículo 3). Enuncia también que todo ser humano tiene la libertad de elegir la comunidad que lo identifique y puede modificar esta elección cuando lo desee (artículo 4, letra a)). Declara que todos tienen derecho a expresarse libremente y en el idioma que elijan, libertad para compartir conocimientos, expresiones culturales e investigaciones, y para obtener beneficios de ello (artículo 5). Según la Declaración de Friburgo, toda persona —de manera individual o colectivamente— tiene derecho a participar democráticamente en el desarrollo y la cooperación cultural, así como en la elaboración, práctica y evaluación de las decisiones que puedan afectar el ejercicio de sus derechos culturales (artículo 8).

¹²⁴ GRUPO DE FRIBURGO (2007). *Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales*. Adoptada el 7 de mayo de 2007, artículo 2, letra a). Disponible en: http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

¹²⁵ GRUPO DE FRIBURGO (2007), p. 12.

La Declaración de Friburgo precisa que la implementación de los derechos culturales depende de todas las personas y de todas las colectividades, y en ello debe participar tanto el sector público como el privado, con la responsabilidad de interactuar, tomar iniciativas y poner en práctica estos derechos, asegurando su respeto. Se indica especialmente que todos los sectores deben velar por el respeto de los derechos culturales de los más desposeídos y de las minorías, así como formar personal en la comprensión y respeto de sus derechos culturales (artículo 9, letra a)). Estos sectores también deben velar para que todos los bienes y servicios culturales, “portadores de valor, de identidad y de sentido” sean utilizados de tal manera que no atenten contra los derechos reunidos en la Declaración de Friburgo, considerando que muy a menudo los servicios y bienes son determinantes para los que se encuentran en desventaja por su pobreza, aislamiento o por pertenecer a un grupo discriminado (artículo 9. b.). Además, se solicita a los Estados que integren en sus legislaciones los derechos que forman parte de este instrumento, respetando, protegiendo y satisfaciendo estos derechos en condiciones de igualdad y buscando aportar el máximo de recursos para su pleno ejercicio, así como aseguren a toda persona que alegue violación de derechos culturales, el acceso a recursos jurisdiccionales y que refuercen los medios de cooperación internacional para la práctica de estos derechos (artículo 11). Por otra parte, plantea el deber de las organizaciones internacionales de asegurar que los derechos culturales sean tomados en cuenta de manera sistemática, que estos se inserten correcta y progresivamente en los instrumentos pertinentes y que se establezcan, y contribuir para que los mecanismos de evaluación y control sean efectivos y transparentes¹²⁶.

¹²⁶ GRUPO DE FRIBURGO (2007), artículo 12, letras a) y c).

CAPÍTULO III

DERECHOS CULTURALES: APROXIMACIONES A SU CONTENIDO Y ALCANCE

I. HACIA UNA NOCIÓN DE DERECHOS CULTURALES

Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos reconocidos jurídicamente por el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que deben ser interpretados conforme a los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación propios de todo derecho considerado esencial al ser humano. Ellos resultan indispensables para el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana. Los derechos culturales “protegen el desarrollo y la expresión de diversas visiones del mundo —individuales y colectivas— y abarcan importantes libertades relacionadas con cuestiones de identidad”, como bien los caracteriza Shaheed, quien añade que estos derechos constituyen “instrumentos esenciales del desarrollo, la paz y la erradicación de la pobreza, la consolidación de la cohesión social, y el respeto de la comprensión recíproca entre individuos y grupos, en toda su diversidad”¹²⁷.

Largamente ignorados, los derechos culturales no han sido vistos con la importancia que revisten, y la minimización de su relevancia no se explica por mera desidia. Su descuido ha obedecido a múltiples razones. La académica polaca Halina Nieć sostuvo que uno de los obstáculos radica en que los derechos culturales son derechos a la cultura, por lo que las dificultades que envuelve el término cultura se traspasan a estos derechos, sobre todo cuando se intenta distinguir los derechos culturales de aquellos que sin serlo comprenden derechos culturales. El problema relativo al concepto de cultura es, en realidad, el primer obstáculo que enfrentan los derechos culturales. Dicha autora apunta también a las tensiones políticas e ideológicas que rodean a esta categoría de derechos, incluyendo las pugnas internas que afloran cuando los derechos de una persona entran en conflicto con los de un grupo y con las políticas estatales¹²⁸. De manera similar, su coterráneo Janusz Symonides indicaba que una causa importante de reserva en relación a estos derechos

¹²⁷ ONU, Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales (2010). *Informe de la Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales*. Presentado el 22 de marzo de 2010. A/HRC/14/36, párrafo 3.

¹²⁸ NIEĆ, Halina (2001). “Sentar las bases para la realización de los derechos culturales”. En: UNESCO, *¿A Favor o en Contra de los Derechos Culturales?* [...], pp. 282-283.

consiste en los “temores y sospechas” que los Estados albergan respecto al reconocimiento del derecho a las diferentes identidades culturales, particular las minorías y los pueblos indígenas, pueda fomentar la tendencia a la secesión y poner en peligro la unidad nacional¹²⁹.

Pese a todo, los derechos culturales han adquirido mayor notoriedad en los últimos años. Impulsos provenientes de la sociedad civil y la academia, como la propia Declaración de Friburgo (2007), además de otras de la comunidad internacional a través de las Naciones Unidas, particularmente la Observación General N° 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, así como la creación por parte del Consejo Económico del mandato de Experta Independiente (2009), luego renovado y renombrado como Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2012), han contribuido a otorgar mayor visibilidad a estos derechos. La labor de la Unesco también ha sido de gran relevancia. Amén de los instrumentos normativos pertinentes que su Conferencia General ha adoptado a lo largo de los años, esta organización internacional ha aportado mediante la publicación de diversos documentos atinentes a los derechos culturales, así como mediante la organización y/o patrocinio diversos foros, especialmente en los últimos años, en los que se han discutido temas relacionados.

Lo anterior lleva a pensar que los tiempos en que los derechos culturales eran entendidos como “la cenicienta de la familia de los derechos humanos”¹³⁰, es decir, como derechos subdesarrollados o descuidados (para utilizar otras expresiones ya referidas), debieran quedar atrás. Pero aún falta mucho por hacer en orden a aumentar su visibilidad. La actual Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales ha afirmado que si bien los derechos culturales han adquirido legitimidad, persiste “la creencia generalizada de los derechos culturales son un lujo”¹³¹. Así, en lugar de representar el pariente pobre, los derechos culturales simbolizarían más bien el pariente rico de los derechos humanos, en el sentido en que solo las sociedades más desarrolladas en términos económicos podrían implementarlos adecuadamente. Sobra decir que esta creencia es equivocada. Todos los derechos humanos, como ya se ha visto, incluidos los derechos culturales, implican

¹²⁹ SYMONIDES (1998), p. 560.

¹³⁰ La expresión es de la académica neerlandesa Yvonne Donders, quien la utilizó para “demostrar que, desde un punto de vista legal, son los derechos menos desarrollados dentro del espectro de los derechos humanos”. Véase DONDEERS (2004), p. 1.

¹³¹ ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2016). *Alcance de los Derechos Culturales y Opiniones Preliminares sobre la Destrucción del Patrimonio Cultural como Violación de los Derechos Humanos*. Presentado el 3 de febrero de 2016. A/HRC/31/59. párrafo 5.

distintos niveles de obligaciones para los Estados que requieren tanto de medidas negativas como positivas, y cada uno de ellos debe ser satisfecho en un nivel mínimo, asegurándose un contenido básico que no puede estar condicionado por razones económicas. Al margen de estas consideraciones, los derechos culturales no pueden ser entendidos como algo accesorio por una razón de fondo: su ejercicio posibilita el desarrollo cultural. El desarrollo cultural, argumenta la académica griega Elsa Stamatoupolou, representa el “edificio moral” de toda persona o comunidad, sin el cual “la vida pierde contexto y significado”. Es por esto que los derechos culturales no deben ser vistos como algo suntuario, sino como “herramientas que permiten obtener el pan y el agua”¹³².

No existe una definición oficial de los derechos culturales (como no hay ninguna definición oficial de las otras categorías de derechos humanos). Tampoco hay consenso sobre la cantidad de derechos que conforman este conjunto. Mientras la Declaración de Friburgo esboza un catálogo amplio de al menos ocho derechos culturales —relacionados con la identidad y el patrimonio cultural, la libertad de elegir una o varias comunidades culturales y el derecho a cambiar esa identificación, la participación y acceso a la vida cultural, la educación y capacitación, la información y la comunicación y, por último, la cooperación cultural—, la doctrina no es unánime respecto de qué derechos que deben ser considerados como culturales¹³³. Pese a estas dificultades, la antigua

¹³² STAMATOPOULOU, Elsa (2008). “The right to take part in cultural life”. Documento de trabajo presentado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 9 de mayo de 2008. E/C.12/40/9, p. 8.

¹³³ Symonides sostiene que los derechos culturales —en un sentido amplio— comprenden, además de los consagrados en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el derecho a la educación, el derecho a la información y el derecho a participar en el progreso científico. Pero considerando los instrumentos normativos de la Unesco sobre la materia, los derechos culturales pueden desagregarse aún más (advierte que la línea divisoria entre ellos no es clara y que pueden incluso superponerse): el derecho de acceso a la cultura; el derecho a participar en la vida cultural; el derecho a la creatividad; el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que resultan de la producción literaria o artística; el derecho a la protección de los bienes culturales; el derecho a la protección del patrimonio cultural mundial; el derecho a la cooperación cultural internacional; el derecho a la protección y desarrollo de la identidad cultural. Edwin Harvey, en tanto, sostiene un catálogo restringido de derechos culturales, distinguiéndolos del derecho a la educación y otros derechos humanos, y afirma que aquellos se componen del derecho a la cultura (concebido como derecho a participar en la vida cultural) y el derecho de autor. Mientras que José Teixeira Coelho señala que los derechos culturales comprenden el derecho a participar en la vida cultural, el derecho de compartir los beneficios del progreso de la ciencia y el derecho de autor (aquellos que se repiten en los “documentos oficiales”); precisa que pueden añadirse a los anteriores el derecho a la educación y el derecho a manifestar el propio pensamiento. Prieto de Pedro, por su parte, sostiene que una “concepción integral de los derechos culturales” debe contemplar la totalidad de los derechos que se relacionan con los procesos culturales y comprende: las libertades de creación artística, científica y de comunicación cultural; los derechos de autor; el derecho de acceso a la cultura; el derecho a la identidad y a la diferencia cultural; el derecho a la conservación de la cultura. Elsa Stamatoupolou, por último, afirma que en el derecho internacional de los derechos humanos cinco derechos reconocidos a toda persona son generalmente entendidos como derechos culturales: el derecho de educación; el derecho a participar en la vida cultural; el derecho de

Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales ha proyectado el alcance de estos derechos que, por cierto, resulta bastante amplio:

“Los derechos culturales protegen los derechos de todas las personas, individualmente y en comunidad con otros, así como de grupos de personas, para desarrollar y expresar su humanidad, su visión del mundo y el significado que dan a su existencia y desarrollo mediante, entre otras cosas, valores, creencias, convicciones, idiomas, los conocimientos y las artes, las instituciones y las formas de vida. Puede considerarse también que protegen el acceso al patrimonio cultural y a recursos que permiten que esos procesos de identificación y desarrollo tengan lugar”¹³⁴.

I. A. DERECHOS EXPRESAMENTE CULTURALES

Los derechos culturales se encuentran estrechamente interrelacionados con otros derechos humanos, por lo que en ocasiones es difícil trazar una línea definitoria entre los derechos culturales y los demás derechos. Las dificultades en orden a determinar qué derechos deben ser considerados culturales se derivan, como ya se ha advertido, de la propia magnitud del concepto de cultura. La cultura es omnipresente en la vida en comunidad, tanto como la esfera civil, social, política y económica. Todas estas grandes estructuras se encuentran entrelazadas y resulta complejo distinguirlas. Para estos propósitos, no obstante, es necesario demarcarlas o bien delimitar los derechos que se refieren a cada una de ellas. El concepto amplio de cultura que se ha reseñado en el capítulo I, si bien debe servir de base para la comprensión de los derechos culturales, no es óptimo para formular una concepción acotada de los derechos culturales. En efecto, algunos de los componentes de los derechos culturales merecen ser considerados aparte. Por ejemplo, el derecho

disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones; el derecho de 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 autor(a) y, finalmente, la libertad para la investigación científica y la actividad creativa. Véase SYMONIDES, Janusz (1993). “The history of the paradox of cultural rights and the state of the discussion within Unesco”. En: Patrice MEYER-BISCH (editor), *Les Droits Culturels. Une Catégorie Sous-Développée de Droits de l’Homme. Actes du VIII^e Colloque Interdisciplinaire sur les Droits de l’Homme*. Fribourg: Éditions Universitaires, pp. 47-72; HARVEY (1995), p. 7; TEIXEIRA COELHO (2008). “Brindando concreción a los derechos culturales”. En: Daniela BOBBIO (compiladora), *Tensiones. Selección de Conferencias del Programa de Formación en Gestión Cultural*. Córdoba: Ediciones del Centro Cultural de España, p. 132; PRIETO DE PEDRO, Jesús (2008). “Derechos culturales, el hijo pródigo de los derechos humanos”. *Crítica*, N° 952, pp. 20-21; STAMATOPOULOU (2008). E/C.12/40/9, p. 3.

¹³⁴ ONU (2010). A/HRC/14/36, párrafo 9.

a la información (o derecho de acceso a la información), en ocasiones es señalado como un derecho cultural, constituye más bien un derecho civil, que se encuentra reconocido en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero dicho derecho tampoco puede ser entendido exclusivamente un derecho civil, toda vez que el derecho a participar en la vida cultural no puede ejercerse sin el derecho a la información¹³⁵.

Si bien es valioso proponer un catálogo extenso de derechos culturales, como el contenido en la Declaración de Friburgo —cuando menos contribuye a dar notoriedad a esta categoría de derechos, enriqueciendo la discusión en torno a los derechos humanos—, para los efectos de esta memoria se hace necesario delimitar su espectro, mediante la introducción de la noción de “derechos expresamente culturales”: aquellos derechos humanos explícitamente asociados a la esfera de la cultura, que han sido consagrados jurídicamente en la Carta Internacional de Derechos Humanos. El artículo 5 de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la Unesco (2001), que reconoce en los derechos culturales el “marco propicio para la diversidad cultural”, sirve de pauta:

“El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”¹³⁶.

De la desagregación de las normas allí nombradas, resulta el siguiente catálogo de derechos calificados expresamente como culturales: el derecho a participar en la vida cultural; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; el derecho de protección de los intereses morales y materiales derivados de toda producción científica, artística o literaria y, finalmente, el derecho a la educación. Es este último derecho, en definitiva, el que se añade a los

¹³⁵ NIEII (2001), p. 290.

¹³⁶ UNESCO (2001), artículo 5.

derechos contenidos en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, norma que según Nieć “debe verse como un marco general y normativo para un catálogo de los derechos culturales” y que, sin embargo, no hace más que enumerar “categorías generales de derechos sin precisar las prerrogativas de cada una de ellas¹³⁷. Es posible apreciar que dotar de significación jurídica a estos derechos constituye un proceso suficientemente complejo, debido a la alta densidad jurídica que suponen, no obstante su contenido no es especificado en los mismos instrumentos que los establecen.

Los derechos expresamente culturales, universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados con el resto del catálogo de derechos humanos, se refieren a una extensa variedad de temas, suponen obligaciones para los Estados y contienen derechos derivados. Ahora bien, del conjunto de derechos culturales, solo el derecho a participar en la vida cultural será analizado con mayor detención. Los motivos de este énfasis son de forma y de fondo. Tanto para no desbordar los márgenes apropiados de esta memoria, como porque al constituir el derecho cultural más evidente, de cuyo contenido normativo se derivan relevantes implicaciones que inciden en otros derechos, su examen ofrecerá luces sobre el resto. En efecto, las obligaciones jurídicas que se derivan para los Estados en relación al respeto, protección y cumplimiento de este derecho, atañen al conjunto de derechos culturales individuales antes mencionado y también a otros derechos humanos interrelacionados. A pesar de este énfasis (ese derecho será examinado en la segunda parte del presente capítulo), a continuación se esbozan breves notas que caracterizan sucintamente a los demás derechos humanos que componen este catálogo tentativo de derechos culturales.

I. A. 1. DERECHO A LA CIENCIA

De todos los derechos pertenecientes a dicho conjunto, el derecho de toda persona a participar en el progreso científico y sus beneficios¹³⁸ es aquel cuyos alcances y contenido normativo se encuentran

¹³⁷ Nieć (2001), p. 288.

¹³⁸ El derecho así enunciado corresponde a la redacción del artículo 15, párrafo 1, letra b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Bajo una ligera modificación, como derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, se encuentra reconocido en el artículo 27, párrafo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El derecho internacional americano de los derechos humanos también lo ha reconocido. El artículo XIII, parte 2, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que consagra derechos culturales, incluye el derecho de disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos, mientras que el Protocolo de San Salvador lo establece en el párrafo 1, letra c) de su artículo 14, como derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

menos elaborados. Es el único de ellos que no ha sido objeto de una Observación General por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En años recientes, sin embargo, han existido ciertas instancias tendientes a examinar sus implicaciones. Entre 2007 y 2009, la Unesco, en conjunto con el Centro Interuniversitario Europeo de Derechos Humanos y Democratización, organizó tres reuniones de expertos para abordar el tema. Entre las ideas formuladas en el último de estos encuentros, realizado en julio de 2009 en Venecia, se destacan las siguientes: que el acceso a los beneficios del progreso científico no solo permite que las personas mejoren su situación socioeconómica, sino que también les da una oportunidad de desempeñar un papel significativo en la vida de las comunidades locales, nacionales e internacionales; que el disfrute de este derecho cumple un rol relevante para corregir los efectos negativos de la globalización y para erradicar la pobreza; que la restricción en el acceso al progreso científico puede conducir al estancamiento, la regresión y la exclusión social¹³⁹. La reunión de Venecia culminó con la elaboración de una declaración en la que se delinea la importancia del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, señalándose los que serían los elementos normativos del mismo derecho y las obligaciones conexas de los Estados y otros agentes, entre otros aspectos¹⁴⁰.

Un informe dedicado a este derecho fue presentado por la antigua Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de mayo de 2012¹⁴¹. En este documento, la Relatora lo concibe directamente como un “derecho a la ciencia”, que comprende el acceso de todas las personas, sin discriminación de ninguna clase, a los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones, incluido el conocimiento científico; la igualdad de oportunidades para que todos puedan contribuir a la actividad científica; la libertad indispensable para la investigación científica; la participación de sujetos y comunidades en la adopción de decisiones; el derecho

¹³⁹ UNESCO (2009). *The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications*. Paris: Unesco, p. 4.

¹⁴⁰ La Declaración de Venecia constituye una importante guía en el sentido de aclarar el contenido normativo del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. Sin embargo, no posee la calidad ni el valor normativo de un instrumento normativo de la Unesco, toda vez que no se trata de una declaración aprobada por la Conferencia General. En efecto, el documento respectivo publicado por la organización —disponible solo en inglés— contiene un folleto que resume las ideas vertidas en la reunión y solo al final se encuentra la Declaración de Venecia, previo a la cual se expresa claramente que las ideas y opiniones expresadas en ella no reflejan necesariamente los puntos de vista de la Unesco. Para la Declaración de Venecia, véase UNESCO (2009), pp. 12-21.

¹⁴¹ ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2012). *Derecho a Gozar de los Beneficios del Progreso Científico y sus Aplicaciones*. Presentado el 14 de mayo de 2012. A/HRC/20/26

conexo a la información y, por último, el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología¹⁴².

I. A. 2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA AUTORÍA

La primera cuestión a notar respecto al derecho de toda persona a 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 autor(a)¹⁴³, también “derecho a la protección de la autoría”¹⁴⁴, es que no debe equipararse con los derechos de propiedad intelectual. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza una distinción entre el primero y los segundos, sugiriendo que tal equivalencia es falsa y engañosa¹⁴⁵. A diferencia del derecho humano a la protección de la autoría, los derechos de propiedad intelectual son generalmente temporales y existe la posibilidad de revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros. Estos últimos son generalmente establecidos en las legislaciones como derechos transmisibles y, aunque de alcance y duración limitados, susceptibles de transacción, enmienda y también renuncia.

El derecho humano a la protección de la autoría tiene por objeto “fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto”¹⁴⁶, al contemplar el resguardo de los intereses morales y los intereses materiales de los creadores. Vale decir, pretende estimular la creación de bienes culturales mediante incentivos que, por cierto, se encuentran justificados. Los intereses morales guardan relación con el hecho de que las obras creativas representan el fruto de un trabajo personal único y, por consiguiente, existe un vínculo

¹⁴² ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 25.

¹⁴³ Se encuentra consagrado en el artículo 27, párrafo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15, párrafo 1, letra c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Está reconocido por el derecho internacional americano de los derechos humanos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XIII, parte 2, mientras que el Protocolo de San Salvador lo hace en su artículo 14, párrafo 1, letra c).

¹⁴⁴ Así lo ha llamado la antigua Relatora en la Esfera de los Derechos Culturales y parece una correcta simplificación para la larga enunciación del derecho. Véase ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2014). *Políticas sobre Derechos de Autor y el Derecho a la Ciencia y la Cultura*. Presentado el 24 de diciembre de 2014. A/HRC/28/57.

¹⁴⁵ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005). *Observación General N° 17*. Presentada el 12 de enero de 2006. E/C.12/GC/17, párrafos 1-3.

¹⁴⁶ ONU (2005). E/C.12/GC/17, párrafo 13.

perenne entre el autor y su obra. El Comité, aludiendo al Convenio de Berna¹⁴⁷, indica que la protección de los intereses morales comprende dos derechos: el derecho de los autores a reivindicar la paternidad de su obra o, en otras palabras, a ser reconocidos como los creadores de sus producciones científicas, literarias y artísticas (derecho de atribución), y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de esas producciones, que cause perjuicio a su honor o reputación (derecho a la integridad)¹⁴⁸. Respecto a los intereses materiales, en tanto, se reconoce que ellos no guardan relación directa con la personalidad del creador, pero se justifican por su estrecha relación con otros derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos: el derecho a la propiedad, el derecho de todo trabajador a una remuneración adecuada y, especialmente, el derecho a un nivel de vida adecuado, ya que la protección de los intereses materiales del autor constituye un requisito del goce de este último derecho. Así, el derecho a la protección de los intereses morales podría concebirse más bien como un derecho económico.

Los autores de obras científicas, artísticas o literarias, sin embargo, suelen ceder una parte o la totalidad de los intereses patrimoniales sobre sus obras a empresas que las comercializan, existiendo muchas veces desigualdad en el poder de negociación. Si bien estas empresas intermediadoras desempeñan una función relevante en la denominada industria cultural, sus intereses económicos no tienen la condición de derechos humanos. Sus prácticas deben ser juzgadas por la medida en que contribuyan a resguardar los intereses de los autores —que son personas físicas— y el interés del público en la participación cultural¹⁴⁹. Los regímenes internos de propiedad intelectual —muy susceptibles de ser modificados con ocasión de acuerdos comerciales— han propendido a resguardar los derechos de autor con plazos cada vez más largos, en algunos casos por sobre los 70 años luego de la muerte del autor. Esto supone importantes riesgos que se encuentran vinculados entre sí. De partida, que las obras culturales de relevancia ingresen con demasiada postergación al patrimonio cultural común puede ocasionar daños a la memoria colectiva. Otro peligro importante que suponen los regímenes de propiedad intelectual que enfatizan sin

¹⁴⁷ El Convenio de Berna es el tratado internacional más antiguo en materia de protección de los derechos de autor. Su primer texto fue firmado en 1886 en la ciudad suiza que lleva por nombre. Ha sido completado y revisado en varias ocasiones, siendo enmendado por última vez en París en 1979. Este convenio es actualmente administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, organismo especializado de las Naciones Unidas creado en 1967.

¹⁴⁸ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005). E/C.12/GC/17, párrafo 13; véase también OMPI, Asamblea General (1979). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Adoptado originalmente el 9 de septiembre de 1886 (última modificación hecha el 28 de septiembre de 1979), artículo 6 bis.

¹⁴⁹ ONU (2005). E/C.12/GC/17, párrafo 41.

contrapeso o bastante desproporcionadamente el resguardo de los intereses patrimoniales estriba en la desnaturalización del derecho a la protección de la autoría en una suerte de “derecho de autor sin autor”, es decir, un sistema que termina amparando los beneficios comerciales de quienes no son realmente los creadores de las obras científicas, literarias o artísticas en cuestión, en desmedro de los propios creadores.

Por último, este derecho debe ser interpretado de manera armónica con los demás derechos culturales, en particular el derecho (de acceso) a la cultura, respecto del cual merece ponderarse adecuadamente a fin de no afectar de modo considerable las posibilidades de acceder materialmente a bienes y servicios culturales. Muchas veces ocurre que valiosas obras del intelecto humano, portadoras de alto contenido artístico, histórico o de otra índole relevante para el patrimonio cultural común, en lugar de acercarse al público, se alejan de los espectadores y terminan convertidas en productos elitarios, de acceso excluyente. Este fenómeno, exacerbado, lesiona el derecho a la cultura.

I. A. 3. DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación¹⁵⁰ también constituye un derecho cultural. Pero su calidad de derecho cultural es habitualmente ignorada, aun cuando se le trate como derecho social¹⁵¹. Cultura y educación son dos palabras íntimamente relacionadas. Recordemos que el sentido original de la palabra cultura remite al cultivo y que, desde Cicerón, la cultura es metáfora del cultivo del ser humano, en cuanto a su instrucción y al desarrollo de sus capacidades intelectuales. Pues es a través de la educación que el ser humano tiene la posibilidad de acceder a los conocimientos, los valores y el patrimonio cultural, así como a desarrollar sus propias visiones y capacidades particulares del mundo. Ella sirve de canal en el que se transmiten creencias, costumbres, lenguas y

¹⁵⁰ Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho internacional regional de los derechos humanos también lo reconoce. En el caso americano, se encuentra reconocido en el artículo XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como en el artículo 12 del Protocolo de San Salvador. Por otra parte, el Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales lo hace en su artículo 2. Finalmente, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos lo consagra en su artículo 17, párrafo 1.

¹⁵¹ Este cuestionamiento no apunta al derecho a la educación como derecho social (lo es). Pero la categoría de derechos sociales engloba derechos económicos, sociales y culturales. Se advierte, no obstante, que cuando se apela a la educación en términos de un derecho social, el elemento cultural permanece relativamente oculto. Resaltar su condición de derecho cultural solo puede enriquecer el debate público sobre el derecho a la educación.

otros elementos culturales, permitiendo conocer y comprender la cultura propia y la cultura de otros. La educación, entonces, es concebible como un medio de la cultura, a través de la cual las personas acceden, participan y contribuyen a la vida cultural. En virtud de las disposiciones de la Carta Internacional de Derechos Humanos, el derecho a la educación comprende el derecho de recibir educación primaria o elemental de manera gratuita y obligatoria, el acceso generalizado a la educación secundaria y la igualdad de oportunidades en el acceso a la enseñanza superior, en función de las capacidades de cada persona. Estas disposiciones también llaman a respetar la libertad de enseñanza. Esta es concebible en una doble dimensión: como libertad de brindar una educación alternativa a la ofrecida por el Estado y como libertad de elegir instituciones de enseñanza alternativas a las públicas (esto ha sido establecido en favor de los padres o tutores legales respecto a las escuelas de sus hijos o tutores).

El objetivo fundamental del derecho a la educación (en vista del artículo 26, párrafo 2 de la Declaración Universal y el artículo 13, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), consiste en orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana. Hay, en conformidad a dichos preceptos, otros propósitos que la educación debe atender: encaminarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos, es decir, propiciar diálogo intercultural. Además, es través de la educación que las personas pueden tomar conciencia de sus derechos humanos y la importancia de su respeto y promoción. La Unesco resume la importancia de este derecho, advirtiendo también sobre la desigualdad en su acceso, en los términos siguientes:

“La educación es un derecho humano fundamental, esencial para poder ejercitar todos los demás derechos. La educación promueve la libertad y la autonomía personal y genera importantes beneficios para el desarrollo. Sin embargo, millones de niños y adultos siguen privados de oportunidades educativas, en muchos casos a causa de la pobreza”¹⁵².

¹⁵² Según la presentación del derecho a la educación contenida en el sitio web de la Unesco: <http://www.unesco.org/new/es/right2education> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

Ciertamente resta mucho por decir sobre el derecho a la educación. Pero el propósito de este acápite es solo hacer una caracterización general del que es también un derecho cultural. Y para cerrar, cabe hacer referencia al “marco analítico general” del derecho a la educación, pues sirve para introducir una idea también presente en el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. El marco analítico general abarca ciertas características interrelacionadas que deben regir la realización de un derecho económico, social y cultural¹⁵³. En este caso, se conforma de cuatro elementos que deben estar presentes en todas las formas y niveles de la educación: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad¹⁵⁴. Sobre la disponibilidad, el Comité indica que deben existir instituciones y programas de enseñanza suficientes. Las condiciones de funcionamiento van desde infraestructura tal que edificios, instalaciones sanitarias, agua potable, docentes calificados; hasta bibliotecas, servicios de informática y acceso a tecnologías adecuadas. En cuanto a la accesibilidad, el Comité distingue tres dimensiones a considerar: no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica. Las dos últimas se refieren a que la educación debe estar al alcance de todos, sea por ubicación geográfica, o mediante tecnologías que permitan programas de educación a distancia. La tercera característica es la aceptabilidad. A este respecto, se precisa que los planes y programas de estudio han de ser pertinentes y adecuados culturalmente para la satisfacción de los propósitos y objetivos que comprende el derecho a la educación. Por último, se encuentra la adaptabilidad. Esta característica requiere que la educación impartida por las instituciones y programas de enseñanza posea la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en las que los sujetos receptores de la educación se hallan insertos.

Cabe consignar la importancia de la educación como vehículo de comprensión de los derechos culturales y los derechos humanos en general. Todos ellos son significativos en el libre desarrollo de la personalidad y su conocimiento debe estar al alcance de todos. Al final, una educación orientada al respeto de los derechos humanos contribuye, aunque parezca un poco ingenuo señalarlo, a forjar

¹⁵³ La idea de un marco analítico de los derechos surgió con ocasión de la interpretación del contenido y alcance de los derechos a una vivienda y una alimentación adecuadas por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 3 y N° 12, respectivamente) y a la labor de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación.

¹⁵⁴ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999b) *Observación General N° 13*. Presentada el 8 de diciembre de 1999. E/C.12/1999/10, párrafo 6.

un mundo mejor, alejado de guerras y violencia, permitiendo a los seres humanos tomar conciencia de su dignidad y del valor de la diversidad.

I. A. 4. ¿EXISTE UN DERECHO AL ARTE?

Al margen de los derechos expresamente culturales, se encuentra la libertad de creación y de investigación científica. Ella no se encuentra consagrada expresamente como un derecho en la Declaración Universal ni en alguno de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. Con todo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el párrafo 3 de su artículo 15, indica que los Estados partes “se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”. Pero esta libertad no se establece en los términos de los derechos contenidos en el párrafo 1 del mismo artículo del Pacto —en el que se dice que los Estados reconocen ciertos derechos de toda persona—, sino que se explicita la obligación de respeto de los Estados.

Dejemos de lado la referencia a la investigación científica para centrarnos en lo que guarda relación con el arte. La idea de actividad creadora representa una manera de hablar de expresión y creación artística. En uno de sus informes periódicos, la antigua Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales da a entender que la libertad de expresión y creación artísticas debe ser considerada un derecho humano¹⁵⁵. El fundamento normativo de esta aseveración se encontraría, precisamente, en el párrafo 3 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el artículo 19, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disposición que consagra la libertad de expresión, que comprende la “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro método de su elección”. Vale decir, la libertad de expresión incluiría la libertad de expresión artística. La Relatora también cita el artículo 27, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, disposición que da a entender que toda persona tiene también un derecho a gozar de las artes¹⁵⁶.

En el informe de la Relatora se señalan las medidas y prácticas que afectan dicha libertad. Se constata que el principal obstáculo que enfrenta la libertad artística es la censura. Los efectos

¹⁵⁵ Véase ONU (2013). *El Derecho a la Libertad de Expresión Artística y a la Creación*. Presentado el 14 de marzo de 2013. A/HRC/23/34.

¹⁵⁶ ONU (2013). A/HRC/23/34, párrafo 9.

perjudiciales de la censura del arte y de las restricciones arbitrarias o injustificadas a la libertad de expresión y creación artística son considerables. Producen pérdidas culturales, sociales y económicas y pueden privar a los artistas de sus medios de expresión y de sustento, además de crear un entorno inseguro para quienes trabajan en las artes y para su audiencia¹⁵⁷. En particular, la censura previa constituye la práctica más dañina en contra del arte. La censura previa tiene por objeto proscribir el contenido de una obra artística, prohibir su presentación pública o evitar que los creadores trabajen con miras a su realización. El temor de que ciertas personas o comunidades puedan protestar no constituye razón suficiente para impedir que algunas obras de arte sean expuestas o presentadas al público, pues con frecuencia el arte contemporáneo conlleva un grado de controversia y conflicto¹⁵⁸.

Por otra parte, la Relatora Especial llama la atención sobre la posibilidad de que los Estados establezcan determinadas concepciones de lo bello (y de lo sagrado) como oficiales. Precisa que de hacerlo, estarían infringiendo el derecho a igual protección de la ley y atentando contra la libertad artística¹⁵⁹. Ello debe ser visto como una prohibición y encuentra justificación adicional en el peligro político que representa. La adopción de un “arte oficial” es signo de un gobierno poco democrático. Recordemos que regímenes autoritarios y dictatoriales han echado mano de ciertas concepciones estéticas, a las que han protegido especialmente, para utilizarlas como medio de propaganda.

La Relatora afirma también que toda persona goza del derecho a la libertad de expresión y creación artísticas. Este comprende a su vez el “derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, a través de la práctica individual o colectiva, a tener acceso a las artes, a disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones”¹⁶⁰. Al concebir en términos tan amplios la libertad de expresión y creación artística, la Relatora construye una suerte de derecho al arte, que supone una doble dimensión: la del creador, en cuanto libertad para expresarse y crear en términos artísticos, así como la del espectador, en cuanto derecho de acceso y goce de las artes.

Sin embargo, restan dudas sobre la factibilidad de tal derecho. Teixeira Coelho estima que el derecho al arte “es algo muy complejo, puede pensarse como un privilegio y no un derecho”¹⁶¹. Esta

¹⁵⁷ ONU (2013). A/HRC/23/34, párrafo 86.

¹⁵⁸ ONU (2013). A/HRC/23/34, párrafo 49.

¹⁵⁹ ONU (2013). A/HRC/23/34, párrafo 32.

¹⁶⁰ ONU (2013). A/HRC/23/34, párrafo 85.

¹⁶¹ TEIXEIRA COELHO (2008), p. 132.

“escandalosa afirmación” —como su propio autor la califica— merece ser defendida, conforme al principio de caridad, de malentendidos que se derivarían de tomarla por sentada sin reflexionarla. El académico brasileño no estaría cuestionando la libertad indispensable en la actividad creadora. Sus palabras parecen apuntar a la calidad de aquello que se denomina arte. ¿Es cualquier obra expresiva de la mente humana una manifestación artística? ¿Qué debe ser considerado arte? Es posible encontrar definiciones del arte en virtud de su función social, como la que otorga la propia Relatora al sostener que el arte “constituye un importante vehículo para que cada persona, individualmente o en comunidad con otros, así como los grupos de personas, desarrollen y expresen su humanidad, su visión de mundo y los significados que atribuyen a su existencia”¹⁶². Pero no se debe olvidar que la función esencial del arte es la estética. Nuevamente surge la pregunta por el contenido del arte. ¿Cómo discernir lo que es bello en sí de lo que no lo es? ¿Cuándo estamos frente a una auténtica obra de arte? Este discernimiento quedaría al juicio subjetivo de quien aprecia, en cuanto espectador, una obra que pretende ser artística, pudiendo o no experimentar el sentimiento de lo bello. Pero ello es discutible. ¿No hay acaso algo objetivo en el verdadero arte? Es factible presumir que la afirmación de Teixeira Coelho apunta en este sentido. No toda creación con fines artísticos lograría ser realmente arte. Sería un privilegio —no un derecho— tener la capacidad de componer una genuina pieza de arte, del mismo modo que lo sería tener la posibilidad de estar frente a ella para apreciarla.

Se trata de un asunto controvertido, pero de ninguna manera plantear estas cuestiones implica rechazar la importancia de la libertad en la actividad creadora o rechazar la necesidad de promover y fomentar la creación de arte y la posibilidad de gozar de él. Tampoco significa impugnar el lugar del derecho a la protección de la autoría, que presupone la creación de obras artísticas (y literarias y científicas) que deben ser resguardadas sin importar la calidad de la obra. Rechazar la relevancia de estas cuestiones sí sería contrariar las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Adicionalmente, cabe recordar que los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no solo tienen la obligación de respetar la libertad de creación. También deben adoptar medidas positivas tanto para facilitar el acceso como la producción de expresiones culturales —en las que se incluyen las manifestaciones artísticas—, que se derivan del derecho de toda persona a participar en la vida cultural. En definitiva, el arte es un componente esencial de la cultura. Toda cultura produce arte. Pero considerando las dudas respecto de lo que es

¹⁶² ONU (2013). A/HRC/23/34, párrafo 2.

digno de ser llamado arte, además de la falta de consagración expresa e inequívoca de un derecho al arte en la Carta Internacional de Derechos Humanos (en el mejor de los casos, tal derecho requiere ser construido a partir de normas dispersas), no hay certeza suficiente sobre la posibilidad de invocar el arte en términos de un derecho.

I. A. 5. CONSIDERACIONES ULTERIORES SOBRE ESTE CATÁLOGO DE DERECHOS CULTURALES

Recapitulando, constituyen el catálogo de derechos expresamente culturales los siguientes derechos humanos: el derecho a la cultura (a participar en la vida cultural); el derecho a la ciencia (a gozar de los beneficios de la ciencia y de sus aplicaciones); el derecho a la protección de la autoría (que no se debe equiparar con los derechos de propiedad intelectual) y, por último, el derecho a la educación (a recibir educación, derecho que supone también la libertad de enseñanza). El derecho al arte, por las consideraciones ya vertidas, relativas a su falta de referencia expresa en el texto normativo como por las dudas sobre su contenido, ha quedado fuera de este conjunto. Ahora bien, acotar de esta manera el catálogo de derechos culturales, en virtud de las referencias directas a la esfera de la cultura que se encuentran en los principales instrumentos del derecho internacional, no implica modificar el concepto de cultura al que se ha llegado en el capítulo I. Como se verá con mayor profundidad en la segunda parte de este capítulo, para comprender íntegramente el derecho a participar de la vida cultural, se debe partir de la base de un concepto antropológico amplio de cultura.

Con todo, cabe señalar que esta no es más que una de las maneras posibles de catalogar los derechos culturales. Y en modo alguno se pretende que sea taxativa. Ella se ha empleado también por razones metodológicas, toda vez que permite realizar una exposición y un acercamiento más o menos ordenados a la noción de derechos culturales. Por ende, esta clasificación no supone negar o rechazar la amplitud de cuestiones que se relacionan a estos últimos. De hecho, la variedad de asuntos que rodean los derechos culturales es vasta. Entre ellos, la libertad de expresión y creación, que incluye la posibilidad —o privilegio— de manifestarse artísticamente; las lenguas en las que los sujetos culturales se comunican; las identidades culturales individuales y colectivas; la pertenencia a comunidades diversas y cambiantes que poseen un patrimonio cultural propio; la educación; el progreso científico; el ejercicio de prácticas culturales; los modos de vida y la formulación de visiones

de mundo; el acceso, la contribución y la participación en la vida cultural¹⁶³. Un catálogo acotado de derechos culturales plantea la posibilidad de que dichos asuntos sean entendidos como vinculados o desprendidos de él.

En línea con la perspectiva según la cual se ha tratado el asunto, la antigua Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales señala que dentro de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos cabe distinguir las “referencias explícitas” a los derechos culturales, en las que se incluyen derechos que guardan expresa relación con la cultura, de las “referencias implícitas”, en las que se incluyen derechos que si bien no se refieren especialmente a la cultura, pueden constituir una base importante para la protección de los derechos culturales. Así, las normas sobre el derecho a la intimidad (no injerencia en la vida privada); la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de opinión y expresión; la reunión pacífica y la libertad de asociación, todas ellas contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, constituirían referencias implícitas, por cuanto son “determinantes para garantizar la plena efectividad de los derechos culturales”¹⁶⁴. Esto había sido insinuado ya por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al indicar que los artículos 17 a 19, 21 y 22 —normas en las que se contienen dichas libertades— constituyen importantes disposiciones relacionadas a la vida cultural, junto con los derechos de las personas pertenecientes a minorías, los derechos colectivos de pueblos indígenas y el derecho al desarrollo¹⁶⁵. Se puede añadir el derecho de todas las personas al descanso y al ocio (consagrado en el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), considerando la importancia del tiempo disponible para participar en la vida cultural y a la cercanía entre ocio y cultura¹⁶⁶. También se debe mencionar el principio de no discriminación, importante pilar jurídico cuya observancia es necesaria para el correcto ejercicio no solo de los derechos culturales, sino de todos los derechos humanos. Esta enunciación de referencias implícitas no es exhaustiva, pero permite advertir la diferencia respecto de los derechos expresamente culturales anteriormente señalados. Por último, cabe consignar que el catálogo propuesto corresponde a derechos en la esfera de la cultura reconocidos en los principales

¹⁶³ La antigua Experta Independiente realiza una enunciación similar de elementos vinculados a los derechos culturales. Véase ONU (2010). A/HRC/14/36, párrafo 9.

¹⁶⁴ ONU (2016). A/HRC/31/59, párrafo 21.

¹⁶⁵ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). *Observación General N° 21*. Adoptada el 21 de diciembre de 2009. E/C.12/GC/21, párrafo 3.

¹⁶⁶ ONU (2010). A/HRC/14/36, párrafo 18.

instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que deben verse como derechos individuales (no obstante tienen una dimensión objetiva que eventualmente permite ejercerlos de manera colectiva).

I. B. DERECHOS CULTURALES COLECTIVOS: EL CASO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU PROYECCIÓN HACIA OTRAS MINORÍAS

Un debate que surge constantemente en la interpretación de las normas internacionales de los derechos humanos, y que concierne especialmente a los derechos culturales, guarda relación con la existencia de derechos colectivos. Todo indica que se debe distinguir la dimensión colectiva de los derechos de los derechos colectivos en sí mismos. Se trata de dos cuestiones distintas. Mientras la dimensión colectiva de los derechos es entendida como el ejercicio colectivo de los derechos humanos individuales, los derechos colectivos son concebidos como derechos de grupo (o pertenecientes a un grupo humano determinado)¹⁶⁷. Pero esto dista de ser una cuestión sencilla. Los derechos colectivos constituyen una categoría controvertida de derechos y han sido resistidos por buena parte de la doctrina, los Estados y también la comunidad internacional.

Los derechos humanos consagrados jurídicamente la Carta Internacional de Derechos Humanos se reconocen a toda persona. Corrientemente se ha entendido que este modo de enunciación atribuye el derecho a cada sujeto individual. En ocasiones, no obstante, se ha interpretado que los derechos humanos son también ejercitables por sujetos colectivos. De esta manera lo ha comprendido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su análisis interpretativo sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, precisando que se trata de un derecho que puede ser ejercido por un grupo o comunidad¹⁶⁸. Respecto al derecho a la protección de la autoría, el mismo Comité ha sostenido que la formulación de la disposición respectiva del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace referencia al individuo que crea, lo que no obsta a que este derecho pueda “en ciertas circunstancias” ser también reivindicado, ejercido o disfrutado

¹⁶⁷ ONU (2010). A/HRC/14/36, párrafo 10. En un sentido similar, el académico inglés Patrick Thornberry alude a la dimensión individual y la dimensión colectiva del derecho a participar en la vida cultural, para sostener que es importante distinguir entre colectivo como adjetivo, y colectivo como sustantivo, esto es, entre los derechos que disfrutan los que tienen vínculos culturales próximos y los mantenidos por un colectivo o grupo. Véase THORBERRY, Patrick (2008). “Cultural rights and universality of human rights”. Documento de trabajo presentado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 9 de mayo 2008. E/C.12/40/15, p. 9.

¹⁶⁸ ONU (2005). E/C.12/GC/17, párrafo 7.

por grupos o por comunidades”¹⁶⁹. Al menos en relación a estos dos derechos expresamente culturales se ha reconocido una dimensión colectiva, vale decir, que puedan ser practicados colectivamente. No resulta obvio que ello sea extensible sin más a los demás derechos humanos, que son comprendidos como derechos individuales, por lo que la posibilidad de que sean ejercidos colectivamente merece ser analizado caso a caso.

Una cuestión diferente representan los derechos colectivos como tales. Estos constituirían una categoría especial —cuando menos excepcional— de derechos reconocidos por el derecho internacional. Como ejemplo paradigmático de derecho colectivo se alude al derecho a la libre determinación de los pueblos¹⁷⁰. Si bien la noción de “pueblo” ha suscitado bastante controversia en el derecho internacional, el derecho de autodeterminación (como también es llamado), conforme a su formulación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho que asiste a cada Estado independiente, en el entendido de que constituye la máxima expresión institucional de una comunidad política, para definir sus propias formas de gobierno y perseguir su desarrollo económico, social, cultural y político de manera autónoma y sin injerencias externas. Ahora bien, otros derechos colectivos reconocidos por el derecho internacional son los derechos de los pueblos indígenas. Estos han sido proclamados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Este asunto encierra múltiples dificultades y merece ser abordado con cierta detención.

Durante mucho tiempo se pensó que la situación de los pueblos indígenas concernía tan solo a los Estados y que, siempre que estos adhirieran a los principios generales y a los instrumentos internacionales de los derechos humanos individuales universales, la Organización de Naciones Unidas no debía asumir un rol de mayor responsabilidad. Esto comenzó a cambiar en la década de los 70, cuando representantes de los pueblos indígenas, ciertos delegados gubernamentales y algunos expertos de los foros internacionales llamaron la atención sobre los continuados problemas de derechos humanos a los que se enfrentaban las poblaciones indígenas alrededor del mundo. En aquel entonces, los pueblos indígenas luchaban por su reconocimiento en el nivel nacional y, cada vez más, iban articulando sus preocupaciones en el lenguaje de los derechos humanos. En 1982, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas implementó el Grupo de Trabajo sobre

¹⁶⁹ ONU (2005). E/C.12/GC/17, párrafo 8.

¹⁷⁰ Véase ONU, Asamblea General (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. A/RES/21/2200^a, artículo 1.

Poblaciones Indígenas, como órgano subsidiario de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, instancia encargada de la redacción del proyecto de declaración. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tomaría 25 años en salir a la luz desde dicho evento. En efecto, la redacción preliminar del proyecto se entregó en 1995 a la Comisión de Derechos Humanos, la que a su vez estableció otro espacio de trabajo, el Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración. Es en este marco que las negociaciones entre los diversos actores —pueblos indígenas y Estados, Estados entre sí y también entre los propios pueblos indígenas— se hicieron intensas y se dilataron¹⁷¹.

Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, con 143 votos favorables, 4 abstenciones y 11 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos). Rodolfo Stavenhagen, quien para la adopción de la Declaración de 2007 ejercía como Relator Especial sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas¹⁷², redactó en tal calidad un mensaje señalando que este instrumento “reafirma que los indígenas en lo individual y colectivamente gozan de todos los derechos ya reconocidos a nivel internacional, y que las circunstancias especiales de su existencia como pueblos discriminados y despojados de sus recursos ancestrales durante largo tiempo, requieren una atención particular de los Estados y de la comunidad internacional”¹⁷³. A mayor abundamiento, la Declaración representa la construcción de un consenso por parte de la comunidad internacional en torno a la necesidad de reconocer jurídicamente un conjunto de derechos negados a pueblos que históricamente han sufrido aislamiento y discriminación. Con su adopción se ha enaltecido el valor de las culturas ancestrales y originarias, cuyos rasgos distintivos merecen no solo ser preservados, sino desarrollados conforme a

¹⁷¹ CHARTERS, Claire & STAVENHAGEN, Rodolfo (2010). “La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: cómo se hizo realidad y qué nos anuncia”. En: Claire CHARTERS & Rodolfo STAVENHAGEN (editores), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague: IWGIA, pp. 11-12.

¹⁷² Fue designado en tal calidad en 2001, ejerciendo hasta 2008. Lo relevó en el cargo el abogado estadounidense de ascendencia apache James Anaya (2008-2014). En 2010, por Resolución 15/14 del Consejo de Derechos Humanos, el nombre oficial del mandato varió a Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Actualmente, la filipina de etnia igorrote Victoria Tauli-Corpuz, funge como tal.

¹⁷³ El mensaje completo del Relator Especial, publicado con fecha 14 de septiembre de 2007, se encuentra disponible en los archivos del sitio web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://newsarchive.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=3597&LangID=S> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

las tradiciones y modos de vida propios de cada pueblo indígena. En definitiva, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas busca instituir un “nuevo trato” con estas comunidades, al menos desde el derecho internacional. El mismo Stavenhagen señaló en otra publicación que ella constituye no solo una “declaración de desagravio” muy esperada, sino que debe también ser considerada como “mapa de acción para las políticas de derechos humanos que deben emprender los gobiernos, la sociedad civil y los propios pueblos indígenas si realmente se quiere garantizar, respetar y proteger sus derechos”¹⁷⁴.

Los derechos reconocidos en el instrumento en comento pueden agruparse en tres clases, conforme a la clasificación que propone el académico chileno José Zalaquett¹⁷⁵. En primer lugar, esta Declaración reconoce derechos colectivos a la libre determinación de los pueblos indígenas. Si bien se han de entender en términos más moderados respecto a la interpretación tradicional del derecho de autodeterminación de los Estados nacionales, de todos modos suponen conceder a los pueblos indígenas un estatus político con cierto nivel de autonomía que les permita “autogobernarse en importante medida, incluyendo la administración de justicia en ciertas materias, de acuerdo a sus propias costumbres ancestrales, y decidir o participar en la elaboración y ejecución de estrategias y planes de desarrollo para su comunidad”. En segundo lugar, están los derechos colectivos a la tierra y recursos naturales, que comprenden “los recursos pesqueros y del subsuelo, así como la protección del medio ambiente y de la biodiversidad de sus territorios”. Finalmente, se encuentran los derechos colectivos relativos a la conservación y desarrollo de su cultura que incluyen, entre otros aspectos, “el uso, preservación y/o difusión de su historia, idiomas, tradiciones, filosofías y religiones, medicina tradicional, artes y deportes”. Conforme a este último subconjunto de derechos, la Declaración declara que los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a “a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura”, a la vez que conmina a los Estados a establecer mecanismos eficaces para la prevención y resarcimiento de los actos que vayan en esa dirección y que, entre otras consecuencias, tiendan a “privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica”¹⁷⁶. En suma, puede decirse que la

¹⁷⁴ STAVENHAGEN, Rodolfo (2010). “Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva”. En: Claire CHARTERS & Rodolfo STAVENHAGEN (editores), *El Desafío de la Declaración* [...], p. 377.

¹⁷⁵ Véase ZALAUQUETT, José (2008). “La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 4, p. 140.

¹⁷⁶ Véase ONU, Asamblea General (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Adoptada el 13 de diciembre de 2007. A/RES/61/295, artículo 8.

tríada de derechos colectivos pertenecientes a los pueblos indígenas consiste en los derechos de autodeterminación, derechos territoriales y derechos propiamente culturales.

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como se advierte, constituye un asunto suficientemente polémico y su interpretación dista de ser uniforme. En el contexto de la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sin embargo, muchos observadores parecieron estar de acuerdo en interpretar este derecho como un derecho interno, es decir, dentro del marco de un Estado independiente establecido, especialmente si este es democrático y respeta en general los derechos humanos. La aplicación interna, por cierto, variará caso a caso conforme a los contextos legales, territoriales, sociales y políticas en que se encuentre cada pueblo indígena respecto al Estado con el que se relaciona. Mientras que la interpretación externa sería aplicable en el caso de separación o secesión territorial de un Estado existente, y frecuentemente se ha indicado que esto no es precisamente lo que los pueblos indígenas han demandado aunque, por cierto, ello no debiese excluirse como posibilidad¹⁷⁷.

Castro Lucic, por otra parte, sostiene que si bien se ha configurado un nuevo escenario político para los pueblos indígenas, propiciado por el reconocimiento de sus derechos ancestrales por parte del derecho internacional, todavía queda bastante por hacer y el principal escollo, según esta autora, radica en "la falta de voluntad de los Estados para iniciar un proceso de discusión jurídica sobre la identificación y demarcación de los territorios indígenas e iniciar un diálogo con los pueblos". Agrega que se pueden distinguir tres tipos de territorialidad indígena, a saber, territorios propios, territorios impuestos y territorios enajenados, y que uno de los mayores dilemas de los Estados nacionales consiste en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas sobre su territorio, especialmente cuando se encuentran muy desdibujados debido a desposesiones y transformaciones sufridas a lo largo de la historia, como consecuencia de usurpaciones totales o parciales, reformas agrarias, privatizaciones y las presiones del mercado¹⁷⁸. En efecto, la territorialidad es el aspecto tangible más problemático de la "cuestión indígena", lo que es especialmente constatable en los países latinoamericanos. Adicionalmente, la delimitación de los territorios indígenas constituye una condición *sine qua non* del ejercicio del derecho de autodeterminación.

¹⁷⁷ STAVENHAGEN (2010), p. 388.

¹⁷⁸ CASTRO LUCIC (2014), p. 43.

Tanto el derecho a la libre determinación como los derechos territoriales de los pueblos indígenas son derechos colectivos con componentes culturales inherentes. Pero en orden a especificar dentro de estos la esfera de la cultura, como se ha hecho anteriormente en relación a los derechos humanos individuales, se puede señalar que los derechos del tercer subconjunto al que aludía el profesor Zalaquett, aquellos referidos particularmente a la preservación y promoción de las culturas originarias —en la Declaración se encuentran establecidos de manera dispersa a lo largo de los 46 artículos que la componen¹⁷⁹—, son derechos colectivos expresamente culturales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas distingue de manera clara entre los derechos específicos que disfrutan estos pueblos colectivamente (en razón de sus identidades indígenas), y los derechos humanos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, de los que los indígenas, en cuanto individuos, son tan titulares como cualquier otra persona. Aunque sea una obviedad precisarlo, ello incluye los derechos políticos y el derecho a la nacionalidad, en el Estado dentro del cual habitan.

La adopción de esta Declaración viene a consolidar la irrupción de las comunidades indígenas como actores sociales, políticos y culturales cada vez más relevantes. A pesar de este panorama favorable para el diálogo intercultural, las reivindicaciones de los indígenas deben concretarse al interior de cada Estado. Y sus históricas demandas por nuevos entendimientos normativos con los Estados nacionales, revelan que las relaciones entre estos últimos y los pueblos indígenas, particularmente en Latinoamérica, han sido sumamente complejas en el plano jurídico, lo que se ha traducido en tensiones constantes y en una permanente disputa de derechos¹⁸⁰. En este sentido, dicho instrumento proporciona mayores herramientas jurídicas para el reconocimiento cabal de la condición jurídica propia del indígena, como individuo y especialmente como colectivo. Sin embargo, no se trata de una Declaración vinculante para los Estados. Esto implica el riesgo de acabar siendo no más que “derecho blando”. Pero ella tiene el potencial, tal como ocurrió con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de convertirse en derecho internacional consuetudinario con el

¹⁷⁹ Además del artículo 8 antes referenciado, destaca la primera parte del artículo 13, en cuya virtud los pueblos indígenas tienen derecho a “revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos”. Véase ONU (2007). A/RES/61/295, artículo 13, párrafo 1.

¹⁸⁰ ITURRALDE (2008), p. 11.

tiempo, si la jurisprudencia y la práctica nacional, regional e internacional la observan y promueven¹⁸¹.

Cabe mencionar que este instrumento tenía un importante precedente en el derecho internacional que sí tiene fuerza vinculante: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, más conocido como Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Si bien este último no es explícito en atribuir derechos colectivos como tales, llama a los Estados a respetar los derechos de los pueblos indígenas y tribales, especialmente los de carácter territorial, a la vez que hace énfasis en los derechos laborales, a la salud y a la educación de las personas pertenecientes a estas comunidades. Uno de los aspectos más interesantes del instrumento adoptado por la OIT consiste en la instrucción que hace a los Estados de establecer un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas en los casos en que “se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”¹⁸². Por cierto, el valor normativo vinculante del Convenio N° 169 se remite a los Estados partes de la OIT que lo han ratificado. A la fecha, solo 22 Estados han realizado esta ratificación, dentro de los cuales destacan, curiosamente, los países latinoamericanos¹⁸³.

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al referirse al derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida cultural, ha señalado que los Estados partes deben adoptar medidas para garantizar que el ejercicio de este derecho “tenga debidamente en cuenta los valores de la vida cultural que pueden ser de carácter sólidamente comunitario o que solo pueden ser expresados y ejercidos como comunidad por los pueblos indígenas”¹⁸⁴. Ello reafirma el carácter marcadamente colectivo que atraviesa el ejercicio de los derechos de estos pueblos¹⁸⁵. Este énfasis en lo colectivo no es el mismo cuando se habla de minorías en general. En efecto, la única

¹⁸¹ STAVENHAGEN (2010), p. 378.

¹⁸² Véase OIT, Conferencia Internacional el Trabajo (1989). *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Adoptado el 27 de junio de 1989, artículo 6, párrafo 1, letra a).

¹⁸³ Incluido Chile, que ratificó este instrumento a través del Decreto Supremo N° 236 de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores. No obstante, el reglamento que establece el procedimiento interno de consulta indígena se promulgó recién en 2013, mediante el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Planificación.

¹⁸⁴ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 36.

¹⁸⁵ El énfasis en el carácter colectivo del ejercicio de los derechos por parte de los pueblos indígenas no obsta, por cierto, a que las personas indígenas puedan ejercer sus derechos individualmente. El artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es claro al proclamar que los indígenas tienen derecho, “como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”.

disposición de la Carta Internacional de Derechos Humanos que aborda específicamente la cuestión de los derechos culturales de las minorías, a saber, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —dispone que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”—, se centra en el sujeto individual perteneciente a la minoría, no en esta como colectividad¹⁸⁶. A mayor abundamiento, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, no proclama derechos colectivos del modo que sí lo hace la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y solo reconoce la dimensión colectiva de los derechos de las personas pertenecientes a minorías al declarar que estas “podrán ejercer sus derechos individualmente, así como en la comunidad con otros miembros de su grupo, sin discriminación de ningún tipo”¹⁸⁷. Esto significa que se trata de derechos asignados individualmente, no obstante pueden ser ejercidos en conjunto con otros integrantes de la misma comunidad.

Como es posible apreciar, los derechos colectivos constituyen una categoría compleja de derechos. Han sido resistidos políticamente, entre otros motivos porque pugnarían con los derechos individuales, y a la vez son difíciles de articular teóricamente, por cuanto suponen definir precisamente al sujeto colectivo titular. Si bien los pueblos indígenas han logrado ser reconocidos por el derecho internacional como sujetos colectivos de derechos, otras comunidades no. Esto da pie para insistir en la distinción entre derechos colectivos y dimensión colectiva de los derechos humanos individuales. Dado que solo a los pueblos indígenas se les ha atribuido derechos colectivos en razón de sus particularidades culturales, otras colectividades que no pueden ejercer estos

¹⁸⁶ Según Stavenhagen, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adolece de serias carencias que lo hacen una disposición insuficiente para garantizar por sí misma la protección de los derechos culturales de las minorías. El primer problema del artículo consiste en que deja al arbitrio de cada gobierno determinar si estas existen o no en su territorio. Y los Estados tienden a negar o a relativizar, debido a intereses políticos, la existencia de minorías, mientras que estas aspiran a ser reconocidas y reivindican sus derechos. El otro problema, que ya ha sido aludido, radica en que el enunciado inicial del artículo habla de personas pertenecientes a minorías y no de grupos minoritarios propiamente dichos. Es decir, los titulares del derecho no son los grupos, sino los individuos. Por último, la utilización de la forma negativa en su redacción —indica que a las personas que pertenecen a minorías “no se [les] negará el derecho”— insinúa que no se les concede ningún derecho positivo y concreto. Véase STAVENHAGEN (2001). pp. 36-37.

¹⁸⁷ ONU, Asamblea General (1992). *Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*. Adoptada el 18 de diciembre de 1992. A/RES/47/135, artículo 3, párrafo 1.

derechos debiesen conformarse con el ejercicio de los derechos individuales de las personas pertenecientes a estas comunidades. En el mejor de los casos, bajo ciertas circunstancias, podrían aspirar a ejercer como grupo dichos derechos individuales.

Ahora bien, los desafíos que plantea la multiculturalidad, es decir, la necesidad humana de respetar y promover la diversidad cultural, exigen adoptar una mirada más abierta sobre los derechos de las minorías, no solo basada en los derechos individuales ni menos en una interpretación rígida de estos. Según Stavenhagen, aunque algunos derechos culturales puedan tratarse exclusivamente en el marco de los derechos humanos individuales universales, la relación entre cultura y derechos humanos permite un enfoque más amplio, conforme al cual los derechos culturales deben también entenderse como el derecho de un pueblo a su propia riqueza artística, histórica y cultural¹⁸⁸. Cabe recordar que el mismo concepto de cultura posee un aspecto colectivo esencial. Este hace referencia a los rasgos distintivos de un pueblo o comunidad. Y el derecho, por su parte, debe permitir la conservación y el desarrollo de los diversos modos de vida. Esto significa fomentar la legítima libertad cultural de las comunidades que se albergan y desenvuelven dentro de cada Estado. “La libertad cultural, a diferencia de la libertad individual, es colectiva, y remite al derecho de un grupo de personas a elegir su modo de vida”, se dice en el informe de la Unesco *Nuestra Diversidad Creativa*¹⁸⁹.

En respuesta al problema de los derechos colectivos, Kymlicka ha propuesto hablar de “derechos en función del grupo”. Sostiene que la cuestión en torno a si existen o no derechos colectivos es un debate estéril, que además se plantea como una falsa dicotomía frente a los derechos individuales. Ejemplifica señalando que en Canadá, el derecho de los francófonos a emplear el francés en los tribunales federales es un derecho concedido y ejercido por los individuos. Pero también se encuentra, entre otros, el derecho de los quebequeses a conservar y promover su cultura, que es un derecho ejercido por la provincia de Quebec. Es decir, sea que se trate de derechos individuales o colectivos, son derechos atribuidos en función de un grupo diferenciado, concedidos en razón de una pertenencia cultural¹⁹⁰. Entonces, si los derechos del grupo son ejercidos por los individuos o por el colectivo no sería lo fundamental. Lo importante radica en la razón por la cual determinados derechos son derechos diferenciados en función del grupo o, en palabras de este autor, “por qué los

¹⁸⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo (2001). “Derechos sociales: el punto de vista de las ciencias sociales”. En: UNESCO, p. 25.

¹⁸⁹ UNESCO (1997), p. 11.

¹⁹⁰ KYMLICKA (1996), p. 72.

miembros de determinados grupos deberían tener derechos referentes al territorio, a la lengua, a la representación, etcétera y los miembros de otros grupos no”¹⁹¹. En suma, Kymlicka sostiene que las sociedades liberales con composición multinacional y/o poliétnica deben caminar hacia el establecimiento de una ciudadanía multicultural que reconozca, además de los derechos y libertades individuales, ciertos derechos diferenciados de grupo¹⁹².

Antes de Kymlicka, Taylor (en su célebre ensayo *Multiculturalism* de 1991) había sostenido que el liberalismo enfrenta un importante dilema entre la “política de la dignidad”, que subraya el principio de igualdad universal y aboga por un respeto igualitario que sea ciego a la diferencia, y la “política de la diferencia”, en cuya virtud se ha de reconocer y aun fomentar la particularidad. Y la tendencia predominante, dice este autor, predica que una sociedad liberal debe “permanecer neutral ante la vida buena, y limitarse a asegurar que, véanse como se vean las cosas, los ciudadanos se traten imparcialmente y el Estado los trate a todos por igual”¹⁹³. Pero aunque la tendencia liberal propende hacia la ceguera ante las diferencias, hay sociedades que no siguen este modelo. Taylor usó (también) el caso de Quebec, provincia de la que es natural, como ejemplo. Esta provincia constituye una nación minoritaria dentro de Canadá cuya sociedad busca la supervivencia y florecimiento de una cultura francófona. Ella ha logrado preservar su particularidad lingüística a través de resistencia política y mediante medidas de acción afirmativa —como la Ley 101 (*Charter of the French Language*), que tiene por objeto hacer del francés la lengua oficial en los distintos ámbitos de la vida pública de Quebec, prohibiendo incluso que francófonos e inmigrantes puedan enviar a sus hijos a

¹⁹¹ KYMLICKA (1996), p. 74.

¹⁹² Este autor distingue los Estados multinacionales de los Estados poliétnicos (lo que no obsta a que existan Estados multinacionales y poliétnicos a la vez). Los primeros se caracterizan por la coexistencia, dentro del mismo Estado, de más de una nación —entiende por nación la comunidad histórica que ocupa un territorio y comparte una lengua y una cultura diferenciadas—, en donde la diversidad cultural surge de la incorporación de culturas que anteriormente poseían autogobierno y estaban concentradas territorialmente a un Estado mayor. En los Estados poliétnicos, por su parte, la diversidad cultural surge especialmente de la inmigración individual y familiar, fenómeno que conforma comunidades o grupos étnicos diferenciados dentro de estos Estados. Kymlicka sugiere además tres formas de derechos diferenciados en función del grupo que las minorías nacionales y los grupos étnicos pueden exigir: derechos de autogobierno, que implican la transferencia de competencias a una unidad política controlada por los miembros de la minoría nacional, habitualmente circunscrita a un territorio histórico (aquí se aprecia que los derechos de autogobierno constituyen otra manera de hablar de derechos de autodeterminación); derechos poliétnicos, que tienen por finalidad facilitar la expresión de particularidades culturales —especialmente a minorías étnicas y religiosas— sin obstaculizar el desempeño de las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante, lo que frecuentemente se traduce en apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas; derechos especiales de representación, que buscan paliar la insuficiente representación política de grupos étnicos y minorías nacionales, mediante el establecimiento de escaños garantizados en el seno de las instituciones centrales del Estado que los engloba. Véase KYMLICKA (1996), pp. 25-55.

¹⁹³ TAYLOR (2009), p. 96.

escuelas de lengua inglesa— que buscan activamente crear miembros de la comunidad. Taylor propugna una variante tolerante del liberalismo, que no busque homogeneizar la cultura y que al sopesar la importancia de ciertas formas de trato uniforme con la importancia de la supervivencia cultural, opte a favor de esta última. En este sentido, sociedades como la canadiense o, más específicamente, sociedades con fuertes metas colectivas como la quebequense, serán liberales siempre que sean capaces de respetar la diversidad cultural, especialmente a los grupos que no comparten determinados destinos colectivos, y a la vez salvaguardar adecuadamente los derechos fundamentales de todos¹⁹⁴. En definitiva, Taylor sostiene que una teoría liberal de derechos individuales debe ampliarse para comprender la política de la diferencia y del reconocimiento de las identidades minoritarias¹⁹⁵.

Las culturas minoritarias están muy lejos, en general, de alcanzar un nivel de reconocimiento como el que se ha forjado Quebec (que, por lo demás, constituye una unidad territorial y administrativa de Canadá). Por el contrario, las minorías se han visto históricamente oprimidas por las identidades dominantes, siendo constreñidas a asumir formas que les son ajenas, lo que ha tenido diversas consecuencias negativas, incluyendo conflictos violentos y tensiones irresueltas de manera permanente. En parte, esto se explica por las prácticas hegemónicas y excluyentes que adoptan los propios Estados y las culturas mayoritarias que en ellos se albergan, para los cuales las minorías pueden representar amenazas a cierta “identidad nacional” que muchas veces se intenta enarbolar.

¹⁹⁴ Siguiendo al autor, en este punto se debe realizar una distinción previa entre las libertades fundamentales, que jamás deben ser infringidas y que deben resguardarse de todo ataque, y los privilegios y las inmunidades, que a pesar de su importancia se pueden revocar o restringir por razones de política pública (aun cuando se necesitan buenas razones para hacerlo). En este contexto, el derecho de los padres anglófonos o alófonos en Quebec de llevar a sus hijos a escuelas de lengua inglesa sería un privilegio que puede suprimirse en razón de la necesidad de promover una particularidad lingüística legítima, hecho que no afecta ningún derecho fundamental. Véase TAYLOR (2009), p. 98.

¹⁹⁵ Con todo, Taylor advierte que el liberalismo, incluida su variante más tolerante, no constituye un campo de reunión para todas las culturas, sino que es la “expresión política de cierto género de culturas, totalmente incompatible con otros géneros”. Esto significa que las sociedades liberales no pueden atribuirse una completa neutralidad cultural, y deben establecer límites. El desafío de estas sociedades, que además se van tornando cada vez más multiculturales, consiste en enfrentar su sentido de marginación sin comprometer sus principios políticos fundamentales. Así, la exigencia de que “todos reconozcamos el igual valor de las diferentes culturas, que no solo las dejemos sobrevivir sino que reconozcamos su valor”, debe entenderse dentro de ciertos márgenes, los que pueden ir cediendo progresivamente hasta alcanzar una “fusión de horizontes” —concepto original del filósofo alemán Hans-George Gadamer—, concebible como el ideal que permite acercarnos y comprender las culturas ajenas, para así reconocer al otro como diferente pero con valor en sí mismo. La fusión de horizontes opera mediante el desarrollo de nuevos vocabularios de comparación, a través de los cuales es posible expresar los contrastes culturales y entender mejor la perspectiva ajena y propia, por lo que el rol de la educación, en un sentido lato (como educación multicultural), es fundamental. Véase TAYLOR (2009), pp. 101-116.

Por otra parte, cabe tener presente que la asignación efectiva de derechos a estas comunidades depende de cada contexto político y jurídico, así como de la diversidad cultural presente —tanto de pueblos indígenas como de minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas— en la composición del Estado respectivo, por más que el derecho internacional proclame y les atribuya derechos. En este plano, sin embargo, los pueblos indígenas se encuentran en una situación favorable debido a la consagración de sus derechos colectivos por medio de la Declaración de 2007, mientras que las demás minorías y sus culturas también han recibido resguardo por parte de la comunidad internacional, aunque de una entidad jurídica menor al solo adjudicárseles derechos individuales. No obstante, el hecho de que la Declaración de 1992 se enfoque en las personas pertenecientes a las minorías y no en las minorías como colectividades, no debe hacer olvidar que su propósito central puede resumirse en la necesidad de preservar y promover sus identidades y expresiones culturales. Dicho instrumento reconoce que las minorías contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven, y una de sus primeras disposiciones establece que las personas pertenecientes a estas comunidades tienen derecho “a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo”¹⁹⁶. Esto reafirma el aspecto colectivo de la cultura, por cuanto las identidades culturales se estructuran mediante la interacción social y cultural de individuos definidos, lo que hace evidente que “el respeto de los derechos individuales de los miembros de minorías o de grupos desfavorecidos y marginados debe ir aparejado al derecho de tales grupos de preservar y desarrollar sus propias identidades”¹⁹⁷.

La concreción de dicho propósito a nivel interno requiere que los Estados y las culturas mayoritarias al interior de estos dejen de mirar con recelo la concesión de derechos a las minorías y abracen políticas de la diferencia que efectivamente resguarden e integren las identidades culturales minoritarias. Esto supone un proceso complejo que en muchos casos parece inverosímil y lejano de realizar. Sin embargo, uno de los primeros pasos es la observación de los instrumentos internacionales que, aunque no sean vinculantes, establecen las bases de este reconocimiento.

Todos estos asuntos dan para muchas páginas más. Para cerrar este acápite se debe reiterar que los derechos colectivos y la dimensión colectiva de los derechos no son equivalentes. Los primeros

¹⁹⁶ ONU (1992). A/RES/47/135, artículo 2, párrafo 1.

¹⁹⁷ STAVENHAGEN (2001), p. 34.

constituyen una categoría especial de derechos por cuanto han sido atribuidos específicamente por el derecho internacional a un conjunto de pueblos históricamente agraviados, en reconocimiento al valor ancestral de sus modos de vida colectivos. Por su parte, la dimensión colectiva de los derechos permite a un grupo de personas ejercer de manera conjunta un derecho que es adjudicado en principio al sujeto individual. Este aspecto de los derechos es especialmente importante para los grupos y comunidades que buscan resguardar y hacer florecer sus identidades y expresiones culturales. Las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas deben poder preservar y desarrollar su cultura, y a falta de una concesión expresa de derechos colectivos —desde el derecho internacional— que facilite este propósito, pueden ejercer los derechos culturales individuales, en particular el derecho a participar en la vida cultural, de dicho modo. Por último, tanto los derechos colectivos como la dimensión colectiva de los derechos, vinculados con los pueblos indígenas y las minorías, vienen a establecer un contrapunto equilibrador —necesario conforme al aspecto colectivo de la cultura— respecto del énfasis individual que se hace de los derechos humanos, incluidos los derechos expresamente culturales.

I. C. IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL

Un concepto que frecuentemente aparece en el lenguaje de los derechos culturales es el de identidad o, apellidada, identidad cultural. Su adecuada comprensión requiere de cierto nivel de abstracción. Toda persona humana es portadora de una identidad que constituye la referencia de su individualidad. Ella se construye desde la experiencia de la realidad en la que cada sujeto se encuentra inserto, que comprende el tiempo y el lugar que lo rodea, así como el contexto social y cultural próximo. La singular acumulación de experiencia del sujeto, mediada por la formación de conocimiento, valores y creencias provenientes de la percepción y la internalización de los elementos que componen el mundo exterior, va conformando una identidad múltiple y compleja que lo hacen un ejemplar original, distintivo y único en la especie humana. Dentro del proceso de configuración de cada identidad, la vivencia de la alteridad es determinante, esto es, el descubrimiento del otro y la consecuente interacción —próxima, mediata y lejana— con sujetos portadores de identidades distintas. Además, esto permite a los sujetos ser parte de comunidades que comparten elementos culturales.

Según la ética de la autenticidad postulada por Taylor, cada persona puede asumir una identidad original, es decir, un modo de ser humano que solo puede ser articulado y descubierto por esa

propia persona. Sin embargo, como una de las particularidades decisivas de la vida humana consiste en su carácter fundamentalmente dialógico, el forjamiento de la identidad personal se elabora mediante un proceso de diálogo con los demás —“otros significantes”—, que es en parte abierto y en parte interno. Así, la identidad da cuenta de “quiénes somos” y “de dónde venimos” y como tal, en palabras de dicho autor, constituye “el trasfondo contra el cual nuestros gustos y deseos, opiniones y aspiraciones adquieren sentido”¹⁹⁸.

La identidad cumple un rol de reconocimiento dentro de las sociedades que resulta relevante para el bienestar y la dignidad del ser humano. Permite a los sujetos verse como personas que poseen una misma naturaleza y dignidad humana, siendo todas portadoras de identidades disímiles que, no obstante, pueden confluir en un área común de pertenencia. Las identidades colectivas, concebibles como la representación de ciertos rasgos distintivos de un grupo o comunidad humana, también surgen como resultado de dicho proceso, y adquieren desarrollo propio en cuanto entidades colectivas. Con todo, al reunir identidades individuales que comparten características importantes, las identidades colectivas se encuentran en un estado de flujo continuo, en el que habrá siempre algún grado de diferencia y debate, definiéndose y redefiniéndose en respuesta a factores externos y a la reflexión interna¹⁹⁹. Así, mientras las identidades individuales promueven las características que distinguen a una persona de otra, las identidades colectivas ponen de relieve las semejanzas entre los distintos miembros de un grupo. Los rasgos o características que componen las identidades, individuales y colectivas, son numerosos y dan cuenta de asuntos trascendentes de la vida humana. Farida Shaheed enuncia bien al compendiar de esta manera:

“Las identidades, tanto individuales como colectivas, están informadas por valores, creencias, convicciones, idiomas, los conocimientos y las artes, las instituciones y las formas de vida, pero también por otros aspectos de la vida humana, como la capacitación profesional, los lazos económicos, sociales y políticos, el entorno urbano o rural, la riqueza o la pobreza, o más en general, el contexto geográfico, socioeconómico y cultural particular de la vida de una persona”²⁰⁰.

¹⁹⁸ TAYLOR (2009), p. 64.

¹⁹⁹ ONU (2012). A/67/287, párrafo 10.

²⁰⁰ ONU (2012). A/67/287, párrafo 11.

Otro concepto relevante es el de patrimonio cultural. Patrimonio proviene del latín *patrimoniun*, que a su vez deriva de *pater*, en referencia a los bienes que proceden de la familia y que se heredan. Conforme a su etimología, el patrimonio se ha entendido como el conjunto de bienes que una persona posee y que pueden ser heredados. El derecho privado ha desarrollado esta noción de patrimonio agregando a los bienes los derechos y también las obligaciones, susceptibles de apreciación económica, que una persona física o jurídica tiene en su haber. Sin embargo, no corresponde asimilar la noción individual a la de patrimonio colectivo. Las investigadoras españolas Francesca Tugores y Rosa Planas sostienen que el patrimonio se trata de “un concepto jurídico que, con el tiempo, pasó a designar los bienes familiares y el conjunto de la hacienda”, añadiendo que “si en el plano individual la noción ha estado y está bien delimitada y defendida, no sucede lo mismo en cuanto al concepto más moderno de patrimonio colectivo”²⁰¹.

El patrimonio cultural interesa en su faceta colectiva pues guarda relación con un conjunto de bienes suficientemente trascendentes para simbolizar la herencia cultural de un grupo, comunidad, pueblo o pueblos. Incluso la humanidad. Dicho de otro modo, los bienes que componen un patrimonio cultural hacen referencia a la cultura en el aspecto colectivo, pues tienen especial significancia para los modos de vida y rasgos distintivos de un conjunto humano. Los bienes que componen un determinado patrimonio cultural no lo hacen por su utilidad económica, sino por su valor histórico, estético, arquitectónico, urbano, arqueológico o de otro orden —incluyendo el valor tradicional y simbólico de ciertos bienes intangibles— que representa un sentido de pertenencia al grupo humano respectivo. Los bienes integrantes de un patrimonio cultural son relevantes desde que pueden reflejar elementos o características distintivas de las identidades culturales, tanto individuales como colectivas.

Ciertamente la calidad patrimonial de los bienes es dada por los sujetos afectos a una cultura, quienes les otorgan valor y los reconocen como tales. En palabras de Tugores y Planas, “la ‘patrimonialidad’ no proviene de los objetos, sino de los sujetos, y el proceso de patrimonialización es un proceso de construcción de la memoria colectiva”, quienes subrayan además que en cada contexto histórico ocurren diferentes consideraciones del tipo de objetos que son dignos de sobrevivir al tiempo, hecho que reflejará la ideología y el sistema de creencias de cada momento y

²⁰¹ TUGORES, Francesca & PLANAS, Rosa (2006). *Introducción al Patrimonio Cultural*. Gijón: Trea, p. 17.

lugar²⁰². Existe dentro de cada comunidad y, de manera extendida, dentro de cada sociedad, un proceso de selección patrimonial que implica asignar una especial significación a determinadas cosas a fin de generar memoria colectiva. La antigua Experta Independiente, no obstante, ha advertido que los Estados deben tener especial atención respecto de las diferencias de poder que pueden producirse al interior de estos procesos, ya que afectan la capacidad de los individuos y grupos para contribuir efectivamente a la identificación, el desarrollo y la interpretación de lo que se ha de considerar una cultura común o un patrimonio cultural compartido²⁰³.

En algunas ocasiones, las sociedades seleccionan y otorgan valor patrimonial a ciertos elementos que recuerdan atrocidades e incluso las violaciones más brutales de los derechos humanos. Ejemplo de lo anterior es Auschwitz, el campo de concentración más grande utilizado por la Alemania nazi y en el que habrían sido exterminados un millón y medio de personas, y que una vez terminada la Segunda Guerra y devueltos los terrenos al Estado de Polonia fue convertido en un museo abierto por decisión del parlamento de dicho país. En el caso de Chile se han reconocido como monumentos nacionales algunos de los centros de detención y tortura de la dictadura militar. Uno de ellos es Villa Grimaldi, ubicado en Peñalolén, Santiago, lugar en el que unas 229 personas habrían sido ejecutadas o hechas desaparecer. Este inmueble ha sido declarado monumento histórico en conformidad con la ley chilena y se le ha renombrado como Parque por la Paz Villa Grimaldi. Estos reconocimientos son excepcionales, si se considera que el patrimonio se constituye mayoritariamente de bienes valorados colectivamente por ser representativos de identidades culturales, pero encuentran justificación por su rol en la generación de memoria colectiva. Se les atribuye especial significancia histórica pues si bien reflejan el lado oscuro de la historia de una comunidad, permiten conmemorar a las víctimas y hacernos recordar que aquellos hechos no deben volver a ocurrir. La función de memoria del patrimonio constituye también un instrumento de paz.

Dejando de lado estas situaciones excepcionales, el concepto de patrimonio cultural encuentra distintas clasificaciones. Se divide tradicionalmente entre patrimonio material y patrimonio inmaterial. Antes de esto, debe distinguirse el patrimonio cultural del patrimonio natural, en función de la diferencia entre lo que ha sido creado por el ser humano y lo que ha sido dado por naturaleza. En este sentido, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la

²⁰² TUGORES & PLANAS (2006), p. 19.

²⁰³ ONU (2010). A/HRC/14/36, párrafo 6.

Unesco (1972) considera que el patrimonio mundial —o patrimonio de la humanidad— comprende tanto en cultural como el natural. Mientras el primero se constituye de “monumentos”, “lugares” y “conjuntos”, siempre y cuando posean “un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia” y/o “etnológico o antropológico”, el segundo lo hace de “monumentos naturales”, “formaciones geológicas y fisiográficas” y “lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas”, siempre y cuando estos componentes tengan “un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico” y/o “de la conservación o de la belleza natural”²⁰⁴. Cabe precisar que la noción de patrimonio cultural en este instrumento se remite solo al patrimonio material, es decir, al que se forma de bienes tangibles. Ante esta insuficiencia, la Conferencia General de la Unesco propició otra convención en 2003: la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial. Este instrumento concibe el patrimonio inmaterial como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”²⁰⁵. La Unesco ha precisado que esta clase de patrimonio se informa de “tradiciones o expresiones vivas” que incluyen “tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculados a la artesanía tradicional”²⁰⁶.

Las convenciones de 1972 y 2003 han recibido amplia adherencia de los Estados miembros de la Unesco²⁰⁷. La primera de ellas estableció un Comité del Patrimonio Mundial, conformado por Estados partes escogidos periódicamente, y dos listas: la Lista del Patrimonio Mundial y la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro. Entre otras atribuciones, el Comité del Patrimonio Mundial tiene la de decidir la inscripción de un bien en la primera de las listas, a solicitud de un país; incluir los bienes que se encuentren en riesgo de ser destruidos —sea por conflictos armados, catástrofes naturales,

²⁰⁴ Véase UNESCO, Conferencia General (1972). *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*. Adoptada el 16 de noviembre de 1972, artículos 1 y 2.

²⁰⁵ UNESCO, Conferencia General (2003a). *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*. Adoptada el 17 de octubre de 2003, artículo 2, párrafo 1.

²⁰⁶ Según la presentación del patrimonio cultural inmaterial contenida en el sitio de la Unesco: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

²⁰⁷ En el caso de la Convención de 1972, a la fecha son 192 los Estados partes; respecto de la de 2003, 170. Chile ha ratificado los dos instrumentos. El primero, mediante el Decreto Supremo N° 259 de 1980, del Ministerio de Relaciones Exteriores; el segundo, a través del Decreto Supremo N° 11 de 2009, de la misma secretaría de Estado.

por la posible destrucción debida al rápido desarrollo urbano y turístico, entre otros motivos calificados— en la segunda lista y quitarlos de ella cuando corresponda. Actualmente, la cantidad de lugares o bienes declarados asciende a 1052, de los cuales 814 son culturales, 203 naturales, 35 mixtos —en parte culturales, en parte naturales—, mientras que 35 se encuentran en peligro²⁰⁸. Por su parte, la convención de 2003 instituyó un Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, junto con dos listas: la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad y la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que Requiere Medidas Urgentes. Se han reconocido, a la fecha, 357 bienes inmateriales como patrimonio de la humanidad, de los cuales 57 requieren medidas urgentes para su salvaguardia²⁰⁹. Para nombrar dos ejemplos, la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial incluye géneros musicales tan disímiles entre ellos, como el mariachi mexicano y el fado portugués, lo que es muestra de la variedad y riqueza de la diversidad cultural mundial.

Estas dos convenciones dan cuenta de la voluntad de la Unesco de otorgar un reconocimiento de carácter universal a ciertos bienes que en razón de su valor deben ser destacados como parte importante del patrimonio del mundo y de la especie humana. Aunque particularmente representen a una cultura determinada, se encuentren insertos en lugar específico y sean propios de cierto tiempo, ellos resultan representativos de la diversidad cultural que existe en el mundo, por lo que merecen ser apreciados universalmente. Esto supone también una preocupación de la comunidad internacional en orden a darle una debida preservación y salvaguardia que posibilite su goce por las generaciones futuras. La declaración de un bien como patrimonio de la humanidad —en virtud de las convenciones antes citadas— va aparejada de ciertas obligaciones relativas a su resguardo que recaen especialmente al Estado parte en donde se ubican, pero que igualmente conciernen a la Unesco.

La utilización hasta aquí de la palabra bien o bienes, en plural, para hacer referencia a los elementos que conforman un patrimonio cultural, se corresponde en el entendimiento usual del patrimonio como concepto jurídico. Sin embargo, es posible que dicho término no resulte del todo apropiado para encarnar la diversidad de elementos que las diversas facetas del patrimonio cultural puede

²⁰⁸ Según información contenida en el portal sobre la Convención del Patrimonio Mundial, en el sitio web de la Unesco (en inglés): <http://whc.unesco.org/en/list/> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

²⁰⁹ Según información contenida en el portal sobre la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en el sitio web de la Unesco: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/listas> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

abarcar. El término bien sugiere una naturaleza económica, así como la calidad de objeto, aunque esto último se intente salvar mediante la distinción entre bienes tangibles y bienes intangibles (y así hacer frente a la diferencia de los elementos que conforman el patrimonio material y el patrimonio inmaterial, respectivamente). La antigua Relatora Especial, seguramente tomando en cuenta estas consideraciones, ha preferido utilizar la idea de recursos como componentes del patrimonio cultural. En efecto, lo define como “los recursos que permiten la identificación cultural y los procesos de desarrollo de las personas y comunidades, que ellos, implícita o explícitamente, quieren transmitir a las futuras generaciones”²¹⁰.

Hecha esta salvedad, cabe insistir en el aspecto más relevante del patrimonio cultural —en un sentido general, más allá de las categorías o distinciones presentes en las convenciones de la Unesco sobre el patrimonio mundial— y que ha sido destacado en la definición de la antigua Relatora Especial: la virtud de producir identificación cultural o, dicho de otro modo, la capacidad para reflejar ciertas características o rasgos distintivos de las identidades individuales y colectivas. Es este el motivo fundamental por el cual los sujetos deciden otorgarle reconocimiento formal a determinados recursos del pasado, con el objeto de que sean apreciables con posteridad. El patrimonio da cuenta de una herencia o legado que va desarrollándose en el tiempo, pudiendo sufrir modificaciones o destrucción debido a la acción del ser humano y de la naturaleza misma. Es por ello que requiere resguardo: su preservación y salvaguardia constituye una condición necesaria para su accesibilidad. Esta no se reduce solo a un acceso físico. El acceso puede también ser mediato, a través de la educación y la información, toda vez que son vías que facilitan el conocimiento de la cultura propia y la cultura ajena²¹¹. El acceso a los recursos patrimoniales no debe ser un derecho excluyente para quienes viven dentro de la cultura que los ha creado o en donde se encuentran. Salvo la selección patrimonial, realizada por la propia comunidad implicada, la posibilidad de acceder, apreciar e interpretar el patrimonio cultural debe ser para los propios, los prójimos y para los que vendrán. Participar en la vida cultural implica participar en la vida cultural de los demás. Esto enriquece el diálogo intercultural y la diversidad de identidades culturales. Como bien proclama otro instrumento Unesco, “el patrimonio, en todas sus formas, debe ser preservado,

²¹⁰ ONU, Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales (2011). *El Derecho de Acceso al Patrimonio Cultural y sus Disfrutes*. Presentado el 21 de marzo de 2011. A/HRC/17/38, párrafo 6.

²¹¹ En este sentido, el artículo 3, letra c) de la Declaración de Friburgo proclama que toda persona “a acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras”

realizado y transmitido a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y de las aspiraciones humanas, a fin de nutrir la creatividad en toda su diversidad e inspirar un verdadero diálogo entre las culturas”²¹².

En definitiva, la identidad y el patrimonio cultural son conceptos relacionados entre sí, y constituyen elementos importantes de la dignidad humana. Si bien no se encuentran reconocidos explícitamente en términos de derechos humanos, se vinculan estrechamente con ellos, especialmente con los derechos culturales. Como se verá en la segunda parte de este capítulo, el respeto de las diversas identidades culturales, individuales y colectivas, así como el acceso, la preservación y salvaguardia del patrimonio cultural, son objeto de obligaciones específicas para los Estados, derivadas del derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

I. D. DE LA DIMENSIÓN CULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA DIVERSIDAD CULTURAL

Conforme al carácter holístico e incluyente de la cultura, es posible afirmar la existencia de una dimensión cultural presente en la totalidad los derechos humanos. Esta se manifiesta en un nivel abstracto primero, bajo la idea de que los derechos humanos se ejercen dentro de la cultura. En este sentido, la Declaración de Friburgo llama a “identificar y tomar en consideración la dimensión cultural de todos los derechos humanos, con el fin de enriquecer la universalidad a través de la diversidad, y de promover que toda persona, individual o colectivamente, los haga propios”²¹³. En un nivel práctico, la dimensión cultural se manifiesta en la idea de adecuación cultural. Este es el aspecto que requiere ser identificado y considerado. “La realización efectiva de un derecho humano implica tomar en consideración su adecuación cultural”, indica también la Declaración de Friburgo²¹⁴. Ello implica atender las particularidades culturales en el ejercicio de los derechos humanos, especialmente por parte de los Estados, quienes cumplen un rol de garante respecto de estos derechos.

El concepto de adecuación cultural ha sido desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en algunas de sus opiniones interpretativas, considerando que constituye un elemento integrante del marco analítico de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En primer lugar, dicho concepto tomó el nombre de aceptabilidad. Así fue en el caso del derecho a la

²¹² UNESCO (2001), artículo 7.

²¹³ GRUPO DE FRIBURGO (2007), artículo 9, letra d).

²¹⁴ GRUPO DE FRIBURGO (2007), artículo 1, letra e).

educación, como ya se ha visto, y también en las interpretaciones del derecho a la alimentación adecuada²¹⁵ y al más alto posible de salud²¹⁶. En la Observación General N° 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, el mismo Comité cambió su denominación, designando la adecuación cultural como idoneidad. La idoneidad se refiere a la realización de un determinado derecho humano “de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural”, es decir, de manera que respete “la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y los pueblos indígenas”²¹⁷. Adecuación cultural, aceptabilidad e idoneidad constituyen nombres distintos para hablar de lo mismo: la dimensión cultural de los derechos humanos en un nivel práctico.

La dimensión cultural, en su nivel abstracto, evoca los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. El Informe Mundial de la Unesco de 2009 indica que “la definición de un derecho humano se relaciona con la de otro debido a la dimensión cultural de todos ellos”²¹⁸. Dicho documento agrega que el hecho de subrayar esta característica transversal a los derechos humanos no debe percibirse como un menoscabo de su universalidad, sino como una “forma de reforzamiento del sentimiento de apropiación de esos derechos por todos”²¹⁹.

La idea de que cada derecho humano se ejerce en su propio contexto cultural habla del necesario respeto que se debe tener por la diversidad cultural. Los sujetos culturales, individual y colectivamente, son portadores de identidades culturales múltiples que informan la diversidad humana. La diversidad cultural se manifiesta en todos los contextos sociales, a escala local y universal; al interior de una comunidad y fuera de ella. En todos los lugares del mundo donde habitan seres humanos existen modos de vida y costumbres diversas que representan distintas identidades culturales. La cultura es heterogénea, pero ciertas variables como la contigüidad

²¹⁵ “Que los alimentos deban ser aceptables para una cultura o unos consumidores determinados significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos”. Véase ONU (1999a). E/C.12/1999/5, párrafo 11.

²¹⁶ “Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades”. Véase ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Observación General N° 14*. Presentada el 11 de agosto de 2000. E/C.12/2000/4, párrafo 12, letra c).

²¹⁷ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 16, letra e).

²¹⁸ UNESCO (2010). *Invertir en la Diversidad Cultural y el Diálogo Intercultural* (Informe Mundial). París: Ediciones Unesco, p. 239. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001878/187828s.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

²¹⁹ UNESCO (2010), p. 240.

geográfica o lingüística, o la pertenencia a un credo religioso, por nombrar algunas particularidades culturales, pueden determinar que las identidades culturales de quienes comparten estos elementos sean más o menos semejantes. Aunque las identidades culturales individuales de quienes pertenecen a una cierta comunidad puedan parecer similares entre sí, cada una de ellas es singular y distintiva. La diversidad, entonces, es muestra de la riqueza de la especie humana, por lo que debe ser vista como un valor. En este sentido, la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la Unesco la proclama en términos de “patrimonio cultural de la humanidad”, precisando que ella se expresa en “la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad”²²⁰. Otro instrumento de la Unesco se refiere a la diversidad cultural como la “multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades”²²¹.

Las particularidades culturales, como muestra de la diversidad cultural, deben ser observadas por la comunidad internacional y por cada Estado al momento de cumplir sus obligaciones respectivas en materia de derechos humanos. La Declaración y Programa de Acción de Viena afirma que debe “tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos” y que los Estados, “sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales”, tienen el deber de “promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”²²². Por su parte, la Declaración de la Unesco de 2001 proclama que los derechos humanos son garantes de la diversidad cultural y que la defensa de la diversidad constituye un “imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana” que entraña el compromiso de respetar los derechos humanos, “en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas”²²³. Cabe insistir en que los pueblos indígenas y las minorías en general han sido frecuentemente dejados de lado por los Estados, no obstante requerir de especial atención. Recordemos que las declaraciones de las Naciones Unidas relativas a estos grupos proclaman la necesidad de preservar y promover sus culturas. La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas establece que los Estados “protegerán la existencia y la

²²⁰ UNESCO (2001), artículo 1.

²²¹ UNESCO (2005). *Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*. Adoptada el 20 de octubre de 2005, artículo 4, sección 1.

²²² ONU (1993). A/CONF/157/23, artículo 5.

²²³ UNESCO (2001), artículo 4.

identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”²²⁴, mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reafirma en su preámbulo que “todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad”²²⁵. La diversidad cultural se resguarda y promueve también mediante el respeto, protección y cumplimiento de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La antigua Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales postula que el respeto recíproco de los derechos culturales y la diversidad cultural se debe basar en tres pilares: reconocimiento, igualdad y diálogo. Primero, con el reconocimiento de la diversidad de las identidades y expresiones culturales. En segundo lugar, a través de la igualdad, no discriminación y respeto de la igual dignidad de todas las personas y comunidades. Por último, mediante la apertura, intercambio y debate intercultural²²⁶. La reciprocidad entre el respeto de la diversidad cultural y de los derechos humanos, por su parte, se encuentra manifestado explícitamente en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2009, según la cual “el respeto de la diversidad cultural y la promoción y protección universales de los derechos humanos se refuerzan mutuamente”²²⁷. Por lo demás, este respeto recíproco significa que los derechos humanos constituyen el umbral o límite de la diversidad cultural. “Nadie puede invocar la diversidad cultural para violar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni limitar su alcance”, indica la parte final del artículo 4 de la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural. En el mismo sentido deben ser interpretados los derechos culturales. “Nadie puede invocar estos derechos para menoscabar un derecho reconocido en la Declaración Universal o en los otros instrumentos de derechos humanos”, expresa el artículo 1, letra d) de la Declaración de Friburgo. En este sentido, Karima Bennoune, actual Relatora Especial ha dicho que los derechos culturales “no constituyen un pretexto para violar otros derechos humanos; no son una justificación para

²²⁴ ONU, Asamblea General (1992). A/RES/47/135, artículo 1, párrafo 1.

²²⁵ ONU (2007). A/RES/61/295, preámbulo, párrafo 3.

²²⁶ ONU (2010). A/HRC/14/36, párrafo 30.

²²⁷ ONU, Asamblea General (2009). *Derechos Humanos y Diversidad Cultural*. Adoptada el 18 de diciembre de 2009. A/RES/64/174, párrafo 10.

discriminar o realizar actos de violencia, ni dan carta blanca para imponer identidades o prácticas a otras personas, o para excluirlas de ellas”²²⁸.

Lo anterior significa que tanto la diversidad cultural como el ejercicio de los derechos culturales —y, por extensión, los derechos humanos— no pueden enmarcarse dentro de un relativismo cultural. Ahora bien, el relativismo cultural plantea cuestiones que van más allá del concepto de derechos humanos y que rondan la esfera de la ética. La pregunta fundamental de la ética se cuestiona cómo, en principio, debe vivirse la vida humana. El relativismo representa la intuición según la cual hay tantas respuestas a dicha pregunta como formas de vida existan, por lo que toda diversidad de formas de vida —y, consiguientemente, toda práctica, costumbre o tradición— es igualmente valiosa y digna de respeto²²⁹. Pero la respuesta relativista a la pregunta fundamental de la ética resulta insatisfactoria, entre otras razones, por conducir a la indiferencia, a la abulia y, finalmente, a atentar contra la vida, sostiene el filósofo chileno Miguel Orellana Benado²³⁰. Si todo vale lo mismo, si todas las formas de vida son por igual buenas y dignas del mismo respeto, entonces no existen motivos para prohibir costumbres ni menos para preservarlas.

Pero el relativismo resulta también inaceptable a los ojos del derecho internacional de los derechos humanos, pues no todas las prácticas y costumbres pueden considerarse protegidas por sus normas. Así, la mutilación genital femenina o la discriminación y persecución contra los albinos, por ejemplo, constituyen prácticas culturales manifiestamente reñidas con los derechos humanos. El reconocimiento de las especificidades culturales y de la diversidad de identidades culturales no puede constituir una justificación para el relativismo cultural. El relativismo socava el sistema de valores comunes en el contexto de los derechos humanos, que sirve de base a la propia comunidad internacional. Por lo anterior, el ejercicio de los derechos humanos, particularmente los derechos culturales, supone ciertos límites que están dados por el respeto a los derechos humanos del resto. Estos límites, no obstante, resultan difíciles de implementar debido a que muchas veces las prácticas culturales, aun cuando sean contrarias a los derechos humanos, tienden a validarse dentro de las comunidades en que son ejercidas.

²²⁸ ONU (2016). A/HRC/31/59, párrafo 27.

²²⁹ ORELLANA BENADO, Miguel (2011). “Pluralismo. Una ética para el siglo xxi”. En: *Prójimos Lejanos*. Santiago: Universidad Diego Portales pp. 47-53.

²³⁰ ORELLANA BENADO (2011), p. 56.

En su Observación General N° 21, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estima que en algunas circunstancias “puede ser necesario imponer limitaciones al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, especialmente en el caso de prácticas negativas, incluso las atribuidas a la costumbre y la tradición, que atenten contra otros derechos humanos”. Sin embargo, como toda limitación de las normas internacionales de derechos humanos, debe tratarse de un último recurso y ajustarse a ciertas condiciones, tales que perseguir un fin legítimo, ser compatible con la naturaleza del derecho y ser proporcionada. El mismo Comité añade que se deben considerar las normas internacionales que existen sobre a las limitaciones que pueden o no imponerse legítimamente respecto de derechos “inseparablemente vinculados” con el derecho a participar en la vida cultural, “como el derecho a la intimidad, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de opinión y expresión, a la reunión pacífica y a la libertad de asociación”²³¹.

Como se advierte, la determinación de aquellas prácticas culturales negativas que deben ser entendidas como contrarias a los derechos humanos no es siempre una tarea sencilla. En ciertos casos, los instrumentos normativos internacionales otorgan herramientas que contribuyen a identificar ciertas prácticas que atentan en contra de la dignidad y los derechos humanos, guiando la actuación de los Estados de manera más específica. En cuanto a las prácticas que resultan negativas por representar discriminación de género, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer indica que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta”, con el objeto de alcanzar la “eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”²³².

Más allá de las normas jurídicas, incluidas las disposiciones de instrumentos internacionales, que muchas veces no sirven sino de guía y orientación, existe la necesidad de un discernimiento ético permanente en torno a la pertinencia de ciertas prácticas culturales, tanto individuales como colectivas, que puedan resultar en desmedro de la dignidad y los derechos humanos. En una escala mayor, cada sociedad requiere adoptar medidas que permitan un debate abierto orientado a estimular una modificación de las prácticas culturales negativas. La antigua Experta Independiente

²³¹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 19.

²³² ONU, Asamblea General (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Adoptada el 18 de diciembre de 1979. A/RES/34/180, artículo 5.

sostuvo que toda comunidad necesita un refuerzo de los elementos positivos de su cultura, en orden a despertar conciencia sobre el carácter opresivo de algunas prácticas que se siguen en nombre de la cultura, mediante un proceso que ha llamado “negociación cultural”²³³.

Con una denominación similar, Orellana Benado ha elaborado una propuesta desde la filosofía moral para hacer frente a la cuestión sobre los límites de la diversidad que contribuiría a prevenir, regular y disminuir los conflictos humanos: la “negociación moral”. Esta consiste en un diálogo permanente entre diversas identidades humanas o formas de vida mediante el cual se puede dirimir el límite de las costumbres, prácticas y actos o acciones que son dignas de respeto tanto en el ámbito propio como en el ajeno. La negociación moral requiere, en primer lugar, que los “prójimos lejanos” —según el autor, quienes valoran tanto la igualdad humana como su diversidad y se suman al esfuerzo por promover el encuentro respetuoso de las diversas identidades— examinen dentro de sus propias formas de vida aquello que sea indigno de ser vivido como valor. Esto es lo más urgente, según la propuesta. Luego, que discernan qué sí es digno de ser vivido como valor, esto es, ser practicado con reverencia en la propia forma de vivir. Después, enfrentando ya las identidades humanas distintas de la propia, se debe buscar cuáles prácticas ajenas merecen respeto, es decir, cuáles de ellas bien podemos tratar como valores. Por último, corresponde buscar cuáles prácticas ajenas no merecen respeto y no deben ser tratadas como valores²³⁴.

Propuestas como las anteriores, pese a sus eventuales falencias y dificultades para implementarse efectivamente, dan cuenta de que el reconocimiento y la promoción de la diversidad cultural no pueden basarse en el relativismo. Es decir, no toda diversidad es válida, ni cualquier práctica cultural merece ser digna de respeto. Por eso, tal vez sea mejor hablar de pluralismo cultural, vale decir, una diversidad amplia y legítima de identidades y prácticas culturales que se enmarcan en los márgenes de la dignidad y los derechos humanos.

II. EL DERECHO DE TODA PERSONA A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL

Tras haber introducido algunos temas especialmente relacionados con los derechos culturales y habiendo propuesto anteriormente un catálogo acotado de derechos expresamente culturales que se atribuyen al individuo, corresponde en esta segunda parte del capítulo III tratar el derecho de toda

²³³ ONU (2010). A/HRC/14/36, párrafo 36.

²³⁴ Véase ORELLANA BENADO, Miguel (2010). “Negociación moral”. En: Miguel ORELLANA BENADO (compilador), *Causas Perdidas. Ensayos de Filosofía Jurídica, Política y Moral*. Santiago: Catalonia, pp. 261-281.

persona participar en la vida cultural. Este derecho resulta el más “obvio”²³⁵ y “amplio”²³⁶ de los derechos culturales. Se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27 —allí se utiliza la frase “tomar parte en la vida cultural de la comunidad”—, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo que sigue, también como “el Pacto”) lo establece en su artículo 15, párrafo 1, letra a). Instrumentos regionales también lo reconocen: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XIII, parte 1 y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, en su artículo 17, párrafo 1. Otros instrumentos internacionales se refieren a este derecho, formulándolo en diversos términos²³⁷. El análisis del contenido normativo de este derecho se centrará en la citada disposición del Pacto, siguiendo la interpretación que de ella ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo que sigue, también como “el Comité”) en su Observación General N° 21 de 2009.

El Comité parte señalando que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural puede ser calificado como una libertad²³⁸. Para que esta libertad sea realizada se requiere, por una parte, que el Estado se abstenga de interferir en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales y, por otra, que el mismo Estado tome medidas positivas, asegurando la existencia de condiciones para participar en la vida cultural, la promueva y facilite, junto con ofrecer acceso y protección a bienes culturales. La doble dimensión del desempeño estatal respecto de esta libertad —abstenerse en ciertos casos, intervenir en otros—, reafirma que seguir un enfoque según el cual hay derechos humanos que entrañan únicamente obligaciones negativas, esto es, de abstención o no injerencia, es incompleto. Todos los derechos humanos suponen obligaciones negativas y positivas para el Estado, en virtud de los tres niveles de obligaciones que le corresponden: respetar,

²³⁵ ONU (2010), párrafo 12.

²³⁶ STAMATOPOULOU (2008). E/C.12/40/9, p. 4.

²³⁷ La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 5, letra e), apartado vi), se refiere al “derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales”; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 13, apartado c), establece el “derecho a participar en todos los aspectos de la vida cultural”; la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 31, párrafo 2, habla del “derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística”; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 43, párrafo 1, letra g), señala el “derecho de acceso a la vida cultural y participación en ella”; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 30, párrafo 1, afirma el “derecho de participar, en igualdad de condiciones que las demás, en la vida cultural”.

²³⁸ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 6.

proteger y cumplir²³⁹. Cabe agregar que en cuanto libertad, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural contempla también el derecho de no participar, es decir, la posibilidad de no ejercer el derecho. Al ser una libertad supone una elección —una elección cultural— que debe ser reconocida.

II. A. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL DEL DERECHO

Una herramienta que arroja luces sobre el contenido normativo del derecho en cuestión consiste en su interpretación gramatical o literal, esto es, el análisis del sentido y alcance de las palabras contenidas en el párrafo 1, letra a) del artículo 15 del Pacto. En primer lugar, encontramos el fragmento “toda persona” que, en este caso, indica tanto al sujeto individual como colectivo. Así, con arreglo al sujeto que lo ejerza, el derecho a participar en la vida cultural puede adoptar tres modalidades: ser ejercido por una persona, en forma individual, por una persona, en asociación con otras o, por último, puede ser ejercido, dentro de una comunidad o grupo²⁴⁰.

En segundo lugar, se encuentra “participar” o “tomar parte” (en razón de la enunciación que hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales), términos que, a juicio del Comité, poseen el mismo significado. Este elemento gramatical guarda relación con la acción respectiva y evoca una alteridad, un contexto social. A partir de él, el propio Comité sostiene que el derecho en cuestión puede desagregarse en tres componentes relacionados entre sí: la participación, el acceso y la contribución a la vida cultural. Como componente específico, la participación en la vida cultural comprende, entre otros aspectos, el derecho de toda persona (bajo alguna de las tres modalidades de ejercicio) a actuar libremente, lo que supone la facultad de escoger su propia identidad cultural, ejercer sus propias prácticas culturales y expresarse en la lengua de su elección. Asimismo, implica que toda persona tiene derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales²⁴¹. En este sentido, la interpretación del Comité es concordante con la Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural, adoptada por la Conferencia General de la Unesco en 1976, puesto que en este instrumento se define la participación en la vida cultura como “la posibilidad efectiva y garantizada para todo grupo o individuo de expresarse, comunicar, actuar y crear

²³⁹ Véase *supra*, capítulo II, acápite III.

²⁴⁰ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 9.

²⁴¹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 15, letra a).

libremente, con objeto de asegurar su propio desarrollo, una vida armoniosa y el progreso cultural de la sociedad”²⁴².

El acceso a la vida cultural, por su parte, contempla el derecho de toda persona a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otras personas y grupos humanos, entre otros aspectos²⁴³. Así, el acceso al derecho humano a participar en la vida cultural incluye el acceso al patrimonio cultural y su disfrute, el que se desagrega en la posibilidad de “conocer, comprender entrar, visitar, utilizar, mantener, intercambiar y desarrollar el patrimonio cultural, así como a beneficiarse de este y de las creaciones de otros”²⁴⁴. El acceso a la cultura debe ser mirado bajo la perspectiva amplia que ofrece el patrimonio cultural y no solo como acceso a “productos culturales”, ya que la idea de derechos culturales está más cerca del concepto de desarrollo cultural que de la noción de comercio y consumo masivo de bienes y servicios. Según la recomendación de la Unesco antes citada, el acceso a la cultura debe comprenderse como “la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y disfrutar de los valores y bienes culturales”²⁴⁵.

La contribución, tercer componente de la participación en la vida cultural, guarda relación con la posibilidad de toda persona de aportar o contribuir a la creación de las “manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad”, a participar en su desarrollo y en particular de la formulación de las políticas que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales²⁴⁶. Es decir, la contribución significa la posibilidad de no ser solo un espectador de la vida cultural, sino también un productor o un creador de los rasgos distintivos que la caracterizan, expresados en bienes y valores culturales.

El último elemento gramatical es el de “vida cultural”. Esta expresión alude al carácter de la cultura como proceso vital, histórico y dinámico, que envuelve a sujetos culturales. Por lo mismo, también remite fuertemente a lo colectivo. Recordemos que el artículo 27 de la Declaración Universal de los

²⁴² UNESCO, Conferencia General (1976). *Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural*. Adoptada el 26 de noviembre de 1976, párrafo 2, letra b).

²⁴³ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 15, letra b).

²⁴⁴ ONU (2016). A/HRC/31/59, párrafo 51.

²⁴⁵ UNESCO (1976), párrafo 2, letra a).

²⁴⁶ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 15, letra c).

Derechos Humanos agrega expresamente que se trata de la vida cultural “de la comunidad”. La expresión en cuestión no puede sino tener detrás un concepto amplio e inclusivo de la cultura que permita incluir una serie de elementos relevantes en la vida en comunidad. En palabras textuales del Comité:

“La cultura, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan sus propias vidas”²⁴⁷.

De los elementos enunciados, cabe destacar el rol del arte. Si bien se ha cuestionado qué merece ser llamado arte, también se ha señalado dentro de toda sociedad se producen creaciones artísticas. Estas constituyen manifestaciones trascendentes de la vida cultural, relevantes en el desarrollo de culturas dinámicas y en el funcionamiento de sociedades democráticas. Las expresiones y creaciones artísticas cuestionan significados, ideas y conceptos que se heredan a través de la cultura, por lo que el arte cumple un rol imprescindible en los procesos culturales. En definitiva, la libertad de creación y expresión artística, en cuanto manifestación del aspecto contributivo de la vida cultural, en conjunto con la facultad de gozar de las expresiones artísticas, como forma de acceso a la vida cultural, constituyen parte relevante del derecho a la cultura. En este sentido, valorar el arte en sus diversas formas, por el importante papel que juega en la vida cultural, resulta adecuado y menos pretencioso que intentar enarbolar o construir una especie de derecho al arte.

II. B. MARCO ANALÍTICO GENERAL: ELEMENTOS INTERRELACIONADOS DEL DERECHO

Como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, la implementación efectiva del derecho de toda persona a participar en la vida cultural dependerá de condiciones materiales existentes en cada Estado. Hay ciertas condiciones o elementos relacionados entre ellos, basados en la igualdad y no discriminación, que propenden a la realización efectiva del derecho y que forman

²⁴⁷ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 13.

su marco analítico general. En el caso del derecho en a participar en la vida cultural, son cinco: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad²⁴⁸. Como se puede apreciar, el Comité agrega aquí un elemento adicional —ausente en el análisis del derecho a la educación—, a saber, la idoneidad, idea que se diferencia de manera sutil de la aceptabilidad.

La disponibilidad se refiere a la presencia de bienes y servicios culturales, entre los que se incluye infraestructura que posibilita el acceso material a los bienes y servicios culturales, tal que museos, bibliotecas, teatros, salas de cine, estadios deportivos; bienes culturales tangibles, como la literatura y las artes en todas sus manifestaciones; bienes culturales intangibles, como lenguas, costumbres, tradiciones, creencias, conocimientos e historia, junto con valores que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de sujetos y comunidades. La accesibilidad consiste las posibilidades reales que tienen los sujetos y las comunidades para disfrutar de una cultura que, en términos de bienes y servicios culturales, debe estar al alcance físico y económico de todos. Se debe tener especial consideración en la facilitación del acceso a las personas mayores, las personas con discapacidad y las personas que viven en la pobreza, toda vez que constituyen grupos humanos que se encuentran en una situación de desigualdad en relación a la posibilidad de acceder a bienes y servicios culturales. Del mismo modo, se debe facilitar el acceso a bienes y servicios culturales a aquellas personas que viven alejadas de los centros urbanos, considerando que las zonas rurales no concentran la misma cuantía de expresiones culturales que las ciudades. La aceptabilidad, en este caso, supone que las medidas adoptadas por el Estado —leyes, políticas, estrategias o programas— sean formuladas y aplicadas de manera tal que sean aceptables para las personas y grupos humanos de que se trate. En este sentido, el Comité sugiere la celebración de consultas con personas y comunidades para que las medidas destinadas a proteger la diversidad cultural les sean aceptables. La adaptabilidad, por su parte, guarda relación con la necesaria pertinencia y flexibilidad que han de tener las medidas de diversa naturaleza que el Estado parte adopte en cualquiera de los ámbitos de la vida cultural. Esta característica indica que las medidas deben adaptarse a las necesidades de sociedades en transformación, considerando que el contexto cultural es dinámico y se encuentra en permanente cambio. Por último, se encuentra la idoneidad. Esta se diferencia sutilmente de la aceptabilidad. La idoneidad, de la que se ha hablado a propósito de la dimensión cultural de los derechos humanos, se refiere a la pertinencia y aptitud de la realización de un derecho humano en relación a su contexto o modalidad cultural. Puesto de otra manera, la idoneidad

²⁴⁸ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 16, letras a), b), c), d) y e), respectivamente.

supone tomar en consideración los diversos modos de vida en el ejercicio de los derechos humanos. En particular, el Comité indica la necesidad considerar los valores culturales asociados, entre otras cosas, con los alimentos y su consumo, la utilización del agua, la manera en que se prestan servicios de salud y educación, y en cómo se diseñan y construyen las viviendas.

A los elementos que configuran el marco analítico general del derecho de toda persona a participar en la vida cultural, se puede añadir el principio de no discriminación e igualdad de trato, toda vez que informa el ejercicio de todos los derechos humanos. En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, se debe tener en consideración lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, que prohíbe cualquier clase de discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, en el ejercicio de los derechos contenidos en el mismo instrumento. En su aplicación al derecho a participar en la vida cultural, supone que nadie puede ser discriminado por su identidad cultural, por el hecho de querer optar por pertenecer o no a una comunidad o grupo cultural determinado, o por ejercer o no ejercer una actividad cultural. Del mismo modo, el principio de no discriminación supone igualdad en el acceso a las prácticas, bienes y servicios culturales.

El Comité añade que la eliminación de toda forma de discriminación para garantizar el ejercicio del derecho de toda persona a participar en la vida cultural puede generalmente alcanzarse con escasos recursos, a través de la “adopción, enmienda o derogación de legislación, o a través de medidas de difusión e información” y que “el reconocimiento por los Estados de que existen en sus territorios diversas identidades culturales de individuos y comunidades constituye un primer paso importante hacia la eliminación de la discriminación, sea directa o indirecta”²⁴⁹. Adicionalmente, el Comité llama a tener consideración por ciertos grupos y comunidades que requieren protección especial: las mujeres; los niños; las personas mayores; las personas con discapacidad; las minorías; los migrantes; las personas pertenecientes a pueblos indígenas y las personas que viven en la pobreza²⁵⁰. La adopción de medidas acción afirmativa —o de “discriminación positiva”— respecto de estos grupos, a saber, medidas especialmente dirigidas a fomentar la participación, acceso y contribución en la vida cultural de quienes integran esos grupos humanos, puede servir para nivelar la desmejorada situación en que habitualmente se encuentran respecto del ejercicio de este

²⁴⁹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 23.

²⁵⁰ Para el detalle de las consideraciones del Comité sobre la protección especial a cada uno de estos grupos, véase ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafos 25-39.

derecho. El caso de las personas que viven en la pobreza debe llamar especialmente la atención. La pobreza limita gravemente la capacidad de una persona o de un grupo de personas a ejercer sus derechos y, en el caso del derecho humano a participar en la vida cultural, ella condiciona la posibilidad de acceder y contribuir en la vida cultural, socavando incluso la capacidad de disfrute efectivo de la propia cultura. Los Estados deben tomar nota de esto en la formulación y ejecución de sus planes, estrategias y medidas en el ámbito cultural —es decir, en sus políticas culturales—, sobre todo en lo relativo a la facilitación en el acceso a bienes y actividades culturales. Además, la pobreza constituye una condición que muchas veces se presenta en el resto de los grupos o comunidades desfavorecidas. Y no es un problema que afecte únicamente a los países subdesarrollados, sino que es un fenómeno que experimentan en mayor o menor medida todos los Estados del mundo. En relación a la pobreza, el mismo Comité ha señalado lo siguiente en otro instrumento:

“Muchos países desarrollados tienen dentro de su jurisdicción grupos empobrecidos, como las minorías o los pueblos indígenas [...]. En todos los Estados, las mujeres y niñas soportan una carga desproporcionada de la pobreza, y a menudo los niños que crecen en una situación de pobreza se ven desfavorecidos de manera permanente. A juicio del Comité, una mayor potenciación de la mujer en particular es una condición indispensable para erradicar la pobreza a nivel mundial”.

Esto conduce, para hacer una última referencia a otro de los grupos desfavorecidos respecto del ejercicio del derecho a participar en la vida cultural, a la situación de las mujeres. La Relatora Especial —en cuyo mandato, según la Resolución 19/6 del Consejo de Derechos Humanos, se llama a integrar la perspectiva de género y de la discapacidad— ha dedicado un informe a analizar el disfrute de los derechos culturales por parte de las mujeres. En él se insinúa que ningún grupo social ha padecido mayores violaciones de sus derechos humanos en nombre de la cultura que las mujeres, considerando que muchas prácticas y normas que las discriminan y maltratan se justifican haciendo referencia a la tradición, a la religión y a la cultura²⁵¹. La antigua Relatora propone “pasar del paradigma según el cual la cultura supone un obstáculo para los derechos de la mujer a un paradigma que busque garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos culturales”²⁵². Para esto,

²⁵¹ ONU (2012). A/67/287, párrafo 3.

²⁵² ONU (2012). A/67/287, párrafo 5.

es clave fomentar una participación libre y activa de la mujer en la esfera cultural, pues esta participación, particularmente la libertad para rebatir los discursos hegemónicos y las normas culturales impuestas, ofrece a las mujeres —tanto como a otros individuos y grupos marginados— “posibilidades cruciales para dar nueva forma a los significados”²⁵³.

Ahora bien, por más que la ampliamente suscrita Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establezca que los Estados se obligan a asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, incluido el “derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural”²⁵⁴, la realidad muestra que las mujeres se encuentran “insuficientemente representadas en la ciencia, la cultura y las artes, incluso en países con un historial relativamente largo de igualdad oficial y jurídica”, sin gozar de las mismas oportunidades para contribuir en la vida cultural respecto de los hombres, sea en instituciones públicas como en el sector privado”²⁵⁵. El nuevo paradigma al que alude la Relatora aspira a revertir esta situación y, conforme a este propósito, llama a los Estados a adoptar medidas que, entre otras cuestiones, respondan a: las restricciones a las mujeres que deseen realizar cualquier forma de expresión artística o cultural; la capacidad de la mujer para acceder al patrimonio cultural propio y ajeno; la libertad de la mujeres a negarse a participar en prácticas que atenten contra la dignidad y los derechos humanos, criticar las normas y tradiciones culturales existentes y crear nuevos significados culturales y normas de comportamiento; los recursos otorgados a las mujeres en comparación con los hombres en las esferas de las artes, los deportes y las ciencias²⁵⁶.

II. C. OBLIGACIONES JURÍDICAS DE LOS ESTADOS

El Comité realiza una clasificación de las obligaciones de los Estados partes del Pacto en relación al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, conforme a la cual existen obligaciones jurídicas de carácter general y obligaciones jurídicas específicas, así como obligaciones mínimas y obligaciones internacionales. Las obligaciones de carácter general que cada Estado debe observar son tres: 1) garantizar que el derecho a participar en la vida cultural sea ejercido sin discriminación;

²⁵³ ONU (2012). A/67/287, párrafo 28.

²⁵⁴ ONU (1979). A/RES/34/180, artículo 13, letra c).

²⁵⁵ ONU (2012). A/67/287, párrafo 48.

²⁵⁶ Para la totalidad de las recomendaciones y medidas propuestas por la Relatora, véase ONU (2012). A/67/287, párrafos 79-80.

2) reconocer las prácticas culturales; 3) no injerirse en el disfrute y realización de dichas prácticas. Todas estas obligaciones, además de generales, se entienden ser de aplicación inmediata²⁵⁷. Por otra parte, el Comité subraya que aunque el Pacto habla de la realización progresiva de los derechos en él reconocidos y admite los problemas que se derivan de la falta de recursos, impone a los Estados la obligación “expresa y continua de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho”²⁵⁸. En este sentido, existe una prohibición implícita para los Estados en cuanto a adoptar medidas regresivas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que si algún Estado parte tomara deliberadamente una medida de esta clase, debe probar que se trata de una situación del todo excepcional, que lo ha hecho luego de un cuidadoso análisis de todas las implicaciones y que la medida se encuentra justificada considerando la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto. Como último punto vinculado a las obligaciones generales de los Estados respecto del derecho en comento, el Comité apela a la interrelación de los derechos consagrados en el artículo 15 del Pacto, agregando que la plena realización de este derecho requiere que el Estado tome las medidas necesarias para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura, así como para el respeto a la indispensable libertad para la actividad creadora, en virtud de los párrafos 2 y 3 de dicho artículo²⁵⁹.

II. C. 1. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS

Se puede sostener que un Estado parte no cumple con las obligaciones que se desprenden párrafo 1, letra a) del artículo 15 del Pacto, si lo único que hace es eliminar los obstáculos formales a la participación equitativa en la vida cultural. Dicha norma es mucho más que una disposición no discriminatoria; exige que el Estado parte despliegue una capacidad sustantiva para permitir que toda persona tome parte en la vida cultural, lo cual implica obligaciones tanto negativas como positivas, incluidas las tres clases o niveles de obligaciones que corresponden a cada derecho humano: respetar, proteger y cumplir.

La obligación de respetar, en el caso en cuestión, supone que los Estados partes se abstengan de interferir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho a participar en la vida cultural. Es decir, no deben realizar ninguna actuación que pueda obstaculizar la participación en la vida cultural y

²⁵⁷ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 44.

²⁵⁸ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 45.

²⁵⁹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 47.

deben respetar la libertad del individuo para desarrollar y afirmar la orientación cultural de su preferencia. El derecho a participar en la vida cultural también implica la libertad de proporcionar, reunir y transmitir información cultural e ideas culturales, que deben ser respetadas por el Estado. Este respeto debe garantizarse siempre, incluso si se dan circunstancias prácticas desfavorables, como una escasez de recursos²⁶⁰.

En opinión del Comité, esta obligación incluye la adopción de medidas concretas que tienen por objeto lograr que se respete el derecho de toda persona a²⁶¹:1) elegir libremente su propia identidad cultural, pertenecer o no a una comunidad y que su elección sea respetada. Queda comprendido aquí el derecho de toda persona de no ser objeto de ninguna forma de discriminación basada en la identidad cultural y el derecho de expresar libremente esta identidad. En razón de lo anterior, nadie debiera sufrir exclusión o asimilación cultural forzada, pudiendo cada uno llevar libremente sus formas de vida y prácticas culturales, mientras no afecte los derechos de terceros —en consecuencia, los Estados partes deben asegurarse de que su legislación no interfiera en el ejercicio de esos derechos a través de la discriminación directa o indirecta—; 2) la libertad de opinión, la libertad de expresión en el idioma o los idiomas que elija y el derecho a buscar, recibir y transmitir información e ideas de cualquier clase e índole, comprendidas las formas artísticas. Esto entraña el derecho de toda persona a tener acceso a diversos intercambios de información y a participar en ellos, así como a tener acceso a los bienes y servicios culturales; 3) la libertad de creación —individualmente, en asociación con otros, o dentro de una comunidad o grupo—, lo cual implica que los Estados partes deben abolir la censura previa de actividades culturales que hubieran impuesto a las artes y otras formas de expresión. Esta última obligación está estrechamente relacionada con la contenida en el párrafo 3 del artículo 15 del Pacto, referente al respeto de la libertad en la investigación científica y la actividad creadora; 4) tener acceso a su patrimonio cultural y lingüístico y al de otras personas. Los Estados partes deben, de manera especial, respetar el libre acceso de las minorías a su cultura, patrimonio y otras formas de expresión, al igual que el libre ejercicio de su identidad y sus prácticas culturales. Lo anterior incluye el derecho a recibir enseñanza no solo acerca de su propia cultura sino también de las de otros. Los Estados partes deben también respetar el derecho de los pueblos indígenas a su cultura y patrimonio, y a mantener y reforzar su relación espiritual con sus tierras ancestrales y otros recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído,

²⁶⁰ DONDERS (2004), p. 12.

²⁶¹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 49.

ocupado o utilizado y que sean indispensables para su vida cultural; 5) participar libremente, de manera activa, informada y sin discriminación, en los procesos importantes de adopción de decisiones que puedan repercutir en su forma de vida y en los derechos que les reconoce el párrafo 1, letra a) del artículo 15.

Como se evidencia, la obligación de respetar —que se caracteriza, en buena medida, por la obligación negativa de abstención o no injerencia— envuelve la adopción de medidas que conciernen el respeto por una serie de asuntos interrelacionados y conexos al derecho a participar en la vida cultural. Estos se refieren a derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos —la libertades de opinión, expresión e información— y a asuntos que tradicionalmente no han sido entendidos en términos de derechos —entre ellos, la libertad de elegir una identidad cultural y el respeto asociado a esta elección, así como el acceso al patrimonio cultural—, pero que a partir de esta interpretación pueden ser concebidos como derechos que se desprenden o se derivan de este derecho humano.

La obligación de proteger, por su parte, requiere que los Estados partes adopten medidas positivas para impedir que otros agentes interfieran en el ejercicio de este derecho. Es decir, significa un resguardo respecto de las acciones de terceros que puedan perturbar el disfrute del derecho. Esto comprende las injerencias tanto de organismos públicos como privados, así como también las externas, como por ejemplo influencias extranjeras nocivas que propendan hacia la uniformización de la cultura, en desmedro de las identidades culturales locales. El Estado debe proteger además los intereses morales y materiales que se derivan de la actividad creativa, lo cual supone la protección de estos derechos ante las eventuales vulneraciones por parte de otros individuos. La obligación de proteger también comporta la preservación y salvaguarda del patrimonio cultural para las generaciones venideras²⁶².

En efecto, el Comité precisa que las obligaciones de respetar y proteger las libertades, el patrimonio cultural y la diversidad se encuentran fuertemente interrelacionadas, por lo que la protección —en cuanto obligación de adoptar medidas tendientes a que terceros no se injieran— también debe entenderse respecto de los derechos ya enumerados con ocasión de la obligación de respeto. Adicionalmente, el Comité añade las siguientes obligaciones concernientes los Estados parte²⁶³: 1)

²⁶² DONDERS (2004), pp. 12-13.

²⁶³ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 50.

respetar y proteger el patrimonio cultural en todas sus formas, en tiempos de paz o de guerra, e incluso frente a desastres naturales. Esta obligación conlleva el cuidado, preservación y restauración de sitios históricos, monumentos, obras de arte y obras literarias; 2) respetar y proteger en las políticas y programas medioambientales y de desarrollo económico el patrimonio cultural de todos los grupos y comunidades, en particular de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. Debe prestarse especial atención a las consecuencias adversas de la globalización, la excesiva privatización de bienes y servicios y la desregulación en el derecho a participar en la vida cultural; 3) respetar y proteger la producción cultural de los pueblos indígenas, con inclusión de sus conocimientos tradicionales, medicamentos naturales, folklore, rituales u otras formas de expresión. Esta obligación incluye la de protegerlos de que entidades estatales o privadas, así como empresas transnacionales, exploten ilícita o injustamente sus tierras, territorios y recursos; 4) promulgar y hacer cumplir leyes que prohíban la discriminación sobre la base de la identidad cultural, así como la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, teniendo en cuenta los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En tercer lugar, se encuentra la obligación de cumplir. Ella exige del Estado la adopción de medidas activas —legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de otra índole— que tiendan a mejorar las condiciones que rigen el disfrute del derecho a la cultura, con el propósito de asegurar su plena realización. En consecuencia, las medidas deben ser adecuadas para el desarrollo y ampliación de la participación en la vida cultural, incluyendo el acceso al patrimonio cultural, la conservación y la difusión de la cultura. En palabras del Comité, esta obligación implica “disponer todo lo necesario para hacer realidad el derecho a participar en la vida cultural cuando los individuos o las comunidades, por razones que estén fuera de su alcance, no puedan hacerlo por sí mismos con los medios de que disponen”²⁶⁴. Cabe aquí reiterar que los Estados tienen una responsabilidad especial en relación con las comunidades y grupos vulnerables o desfavorecidos de la sociedad. Es de esperar, por ejemplo, que los Estados no se limiten a permitir que las minorías y pueblos indígenas practiquen libremente sus estilos de vida. Deben tomar medidas para preservar y promover estas culturas e involucrarlas activamente en los procesos de toma de decisiones, consultándoles en cuestiones que afecten a su vida cultural. Para los demás grupos, como las

²⁶⁴ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 54.

personas mayores y los discapacitados, se debiese incentivar su acceso a los medios culturales a través de acciones especiales²⁶⁵. Adicionalmente, el Comité precisa que la obligación de cumplir puede subdividirse en las obligaciones de facilitar, promover y proporcionar.

La de facilitar consiste, en específico, en la obligación del Estado de fortalecer la capacidad de todas las personas para ejercer y satisfacer su derecho a participar en la vida cultural. El Comité detalla una serie de medidas a adoptar por los Estados en esta dirección, entre ellas²⁶⁶: 1) adoptar políticas para la protección y promoción de la diversidad cultural y facilitar el acceso a una variedad rica y diversificada de expresiones culturales mediante, entre otras cosas, medidas que apunten a establecer y apoyar instituciones públicas y la infraestructura cultural necesaria para la aplicación de dichas políticas, así como medidas encaminadas a lograr una mayor diversidad de expresiones culturales, considerando especialmente las minorías; 2) adoptar políticas que permitan a quienes pertenecen a diversas comunidades culturales dedicarse con libertad y sin discriminación a sus propias prácticas culturales; 3) promover el ejercicio del derecho de asociación de las minorías culturales y lingüísticas en favor del desarrollo de sus derechos culturales y lingüísticos; 4) otorgar ayuda financiera o de otro tipo a artistas y organizaciones públicas y privadas, como academias científicas, asociaciones culturales, sindicatos y otras personas e instituciones dedicadas a actividades científicas y creativas; 5) estimular la participación de artistas y científicos en actividades internacionales de investigación científica o cultural; 6) adoptar medidas o establecer programas adecuados para apoyar a las comunidades minoritarias a preservar su cultura; 7) tomar medidas adecuadas para corregir las formas estructurales de discriminación, para que la representación insuficiente de ciertas comunidades en la vida pública no vulnere su derecho a participar en la vida cultural; 8) adoptar medidas adecuadas para crear las condiciones que permitan una relación intercultural constructiva entre personas y grupos sobre la base de la comprensión, la tolerancia y el respeto mutuos; 9) realizar campañas públicas a través de los medios de difusión, las instituciones educacionales y otros medios disponibles, con miras a erradicar todo tipo de prejuicios contra personas o comunidades en razón de su identidad cultural.

La obligación de cumplir, en su faceta de promoción, implica que los Estados partes deben adoptar medidas que tiendan a la toma de conciencia respecto de la existencia y el ejercicio del derecho a

²⁶⁵ DONDERS (2004), p. 13.

²⁶⁶ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 52.

participar en la vida cultural, especialmente en las zonas rurales o en las zonas urbanas pobres, así como respecto de minorías y pueblos indígenas, quienes suelen encontrarse en una situación desmejorada para el goce de sus derechos. La educación y la concienciación deben referirse también a la necesidad de respetar el patrimonio y la diversidad cultural²⁶⁷. Aunque el Comité no lo explicita, resulta evidente que esta obligación comprende la de promover los demás derechos culturales y los derechos humanos en general. Ante el extendido desconocimiento de la existencia de los derechos culturales, se requieren acciones de difusión que subrayen su calidad de derechos humanos y ayuden a generalizar su conocimiento. Ante las dudas sobre su contenido y alcance, se hace necesario fomentar su estudio crítico en distintos niveles, especialmente en las instancias académicas. Estas medidas permitirán que los derechos culturales sean exigidos y ejercidos debidamente.

Finalmente, la tercera modalidad o subdivisión de la obligación de cumplir es la de proporcionar. Ella incluye, entre otras medidas²⁶⁸: 1) la promulgación de legislación apropiada y el establecimiento de mecanismos efectivos que permitan a las personas participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones, reivindicar la protección de su derecho a participar en la vida cultural, así como reclamar y obtener una indemnización si se han infringido sus derechos; 2) programas destinados a preservar y restablecer el patrimonio cultural; 3) incorporar la educación cultural en los programas de estudios de todos los ciclos, con inclusión de historia, literatura, música y la historia de otras culturas; 4) el acceso garantizado de todos, sin discriminación por motivos de posición económica o cualquier otra condición social, a museos, bibliotecas, cines y teatros, y a actividades, servicios y eventos culturales.

II. C. 2. OBLIGACIONES BÁSICAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Desde la Observación General N° 3, el Comité ha desarrollado una doctrina según la cual existen en el Pacto algunos derechos que imponen al Estado obligaciones de aplicación progresiva, aunque todos, no obstante, exigen un nivel mínimo de satisfacción, sin el que el derecho no tendría contenido alguno y se convertiría en un mero enunciado teórico. Aplicado al derecho a participar en la vida cultural, el nivel mínimo de satisfacción conlleva “la obligación de crear y promover un entorno en el que toda persona, individualmente, en asociación con otros o dentro de una

²⁶⁷ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 53.

²⁶⁸ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 54.

comunidad o grupo, pueda participar en la cultura de su elección”, lo cual comprende cinco obligaciones básicas (lo que en inglés se ha denominado *core obligations*) y de aplicación inmediata²⁶⁹: 1) garantizar la no discriminación y la igualdad en el disfrute del derecho de toda persona a participar en la vida cultural; 2) respetar el derecho de toda persona a identificarse o no con una o varias comunidades, lo que supone el derecho a cambiar de elección; 3) respetar y proteger el derecho de toda persona a ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites dibujados por el respeto de los derechos humanos; 4) eliminar las barreras que impidan o limiten el acceso de la persona a su propia cultura o a otras culturas. Esta obligación mínima exige, al menos en una parte, una actuación positiva del Estado, vale decir, la adopción de medidas tendientes a proporcionar mayor accesibilidad a bienes y servicios culturales, considerando con especial atención a las personas y comunidades que se encuentran en una situación desmejorada o de desigualdad para acceder a esos bienes y servicios culturales, sean estos representativos de su propia cultura o de una ajena; 5) permitir y promover la participación de personas pertenecientes a minorías, pueblos indígenas u otras comunidades en la formulación y aplicación de las leyes y las políticas que les atañan. Esta última obligación también requiere una actuación positiva del Estado y, en concreto, exige que se obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dichas comunidades respecto de los asuntos referentes a la preservación de sus recursos culturales, especialmente en lo relacionado con sus formas de vida y expresiones culturales, en los casos en que alguna medida pudiera afectarlos²⁷⁰.

Por último, existen obligaciones internacionales para los Estados en relación a este derecho humano. Más que obligaciones en plural, se trata de una obligación singular: la cooperación internacional. Y más que una obligación cuyo incumplimiento está sujeto a sanciones, consiste en una obligación política que implica un compromiso de los Estados (la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional la caracteriza como un derecho y un deber de los pueblos y las naciones). Dicho compromiso debe ser preponderante en aquellos Estados que se encuentran en una situación mejorada para prestar asistencia a otros. En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales existe un fundamento normativo respecto a la cooperación internacional que reside en el ya mencionado artículo 2, párrafo 1 del Pacto, según el cual los Estados deben “adoptar

²⁶⁹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 55.

²⁷⁰ Cabe añadir que esta obligación se encuentra en línea con el mecanismo dispuesto por el artículo 6, párrafo 1, letra a) del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas” para alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos en él consagrados. Adicionalmente, el artículo 23 del mismo Pacto indica que las medidas de orden internacional comprenden “la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados”, mientras que el párrafo 4 de su artículo 15 indica que los Estados partes “reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”, disposición que se vincula de manera directa con el derecho en cuestión. Por último, se puede invocar la Carta de las Naciones Unidas, que en su artículo 55 indica que “la cooperación internacional en el orden cultural y educativo” constituye uno de los aspectos a ser promovidos por la entidad con el “propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones”. El artículo siguiente de dicho instrumento consigna que los miembros de las Naciones Unidas “se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”.

La manera más palmaria de concretar la cooperación internacional consiste en los acuerdos de cooperación cultural. El Comité insta a los Estados a celebrar acuerdos que tengan por objeto promover el derecho a participar en la vida cultural. Con todo, advierte que en el caso de negociar con bancos e instituciones financieras internacionales —en particular, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo— y concluir acuerdos bilaterales o multilaterales, los Estados deben velar por que el disfrute del derecho en comento no sea menoscabado. Las estrategias, programas y políticas que se adopten como consecuencia de programas de ajuste estructural no deben interferir con las obligaciones básicas del Estado respectivo en relación con el derecho de toda persona, especialmente de los individuos y grupos más desfavorecidos y marginados, a participar en la vida cultural²⁷¹.

II. D. VIOLACIONES

Las violaciones o vulneraciones a este derecho pueden ocurrir por la acción directa de un Estado parte o por la acción de terceros, incluidas entidades o instituciones que el que no son

²⁷¹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 59.

suficientemente regulados. También se puede infringir el párrafo 1, letra a) del artículo 15 por omisión. Esto se da especialmente en los casos en que el Estado parte no toma las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que le impone dicha disposición²⁷². Así, hay una violación al derecho por omisión si no se adoptan medidas adecuadas orientadas a la plena realización del derecho, o si no se pone en vigor legislación pertinente, si no se proporcionan recursos administrativos, judiciales o de otra índole para que se pueda ejercer plenamente el derecho. En definitiva, todos los miembros de la sociedad civil —individuos, grupos y comunidades que incluyen minorías, pueblos indígenas, así como las entidades religiosas, las organizaciones privadas y empresas— tienen obligaciones relacionadas con la realización efectiva del derecho de toda persona a participar en la vida cultural, pero la principal responsabilidad recae en el Estado, en cuanto tiene un rol de garante, debiendo regular adecuadamente la actividad del sector privado en el sentido de que no interfiera con el goce de este derecho.

Una manera grave de violar este derecho ocurre cuando los Estados partes no logran asegurar niveles mínimos de satisfacción del derecho, incumpliendo sus obligaciones básicas al no adoptar las medidas elementales respectivas. Se trata de una violación por omisión que redundaría en una inobservancia del Pacto. Las cinco obligaciones básicas mencionadas anteriormente corresponden a la interpretación ofrecida por el Comité, pero ciertamente reflejan la base mínima sobre la cual se debe ejercer el derecho a participar en la vida cultural y a partir de la cual Estados han de implementar, conforme al principio de progresividad, las demás obligaciones y medidas específicas, en orden a generar las condiciones que permitan una realización plena del derecho por parte de todas las personas. Por otra parte, existe una violación grave al derecho cuando se comete una acción culpable o dolosa tendiente a menoscabar el derecho, provenga del Estado o de miembros de la sociedad civil. Cuando la acción es dolosa, más patente es la vulneración.

La destrucción intencional del patrimonio cultural es una muestra de acción dolosa evidente que lesiona el derecho a la cultura. La Declaración relativa a la Destrucción Intencional del Patrimonio de la Unesco (2003) lo define como “cualquier acto que persiga la destrucción total o parcial del

²⁷² Esto está en línea con las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento que establece que existe una violación a estos derechos cuando un Estado “lleva a cabo, por acción u omisión, cualquier política o práctica que intencionalmente viola o ignora las obligaciones previstas en el Pacto, o cuando no alcanza la correspondiente norma de conducta o resultado establecida”. Véase COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1997), directriz 11.

patrimonio cultural y ponga así en peligro su integridad, realizado de tal modo que viole el derecho internacional o atente de manera injustificable contra los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública”²⁷³. El patrimonio cultural, como se ha visto, se relaciona estrechamente con el disfrute de los derechos culturales, especialmente con el derecho a participar en la vida cultural. La destrucción deliberada del patrimonio no solo impide su acceso, que es uno de los elementos de la participación cultural, sino que borra elementos que producen identificación cultural. En efecto, el instrumento de la Unesco antes citado pone de relieve que “el patrimonio cultural es un componente importante de la identidad cultural e las comunidades, los grupos y los individuos, y de la cohesión social, por lo que su destrucción deliberada puede menoscabar tanto la dignidad como los derechos humanos”²⁷⁴.

Un ejemplo brutal de destrucción intencional de patrimonio cultural material es lo recientemente ocurrido en Palmira. Esta antigua ciudad semita, que encontrara auge en los inicios del Imperio romano²⁷⁵, es hoy un sitio despoblado en donde sus ruinas son muestra de un pasado de esplendor. Fue declarada Patrimonio de la Humanidad por la Unesco en 1980 (e inscrita en la Lista del Patrimonio Humanidad en Peligro desde 2013 debido a la guerra en Siria), en virtud de su significancia histórica y arquitectónica. Esta calidad, sin embargo, no fue impedimento para su ocupación por parte del (autodenominado) “Estado Islámico” en mayo de 2015. Allí no solo ejecutaron a más de cuarenta personas —incluyendo a Khaled al-Asaad, arqueólogo sirio encargado de la conservación de Palmira—, sino que también se detonaron con explosivos, entre otras ruinas, el templo de Baalshamin, el templo de Bel, el arco de triunfo de Septimio Severo, monumentos erigidos en distintos momentos de la Antigüedad clásica. Estas demoliciones se produjeron en agosto de 2015 y el ejército sirio logró recuperar el control del territorio a fines de marzo de 2016, lo que no significa que el patrimonio de Palmira se encuentre libre de peligro.

En los últimos años, hechos como los perpetrados en Palmira se han producido en otros lugares. Es el caso de Libia durante 2011 y 2012 —se destruyeron distintos lugares de culto sufí en ciudades

²⁷³ UNESCO, Conferencia General (2003b). *Declaración relativa a la Destrucción Intencional del Patrimonio Cultural*. Adoptada el 17 de octubre de 2003, artículo 2, párrafo 2.

²⁷⁴ UNESCO (2003b), preámbulo, párrafo 5.

²⁷⁵ Palmira llegaría incluso a forjar su propio Imperio, escindiéndose de Roma. No obstante su efímera sublevación —su vigencia se fecha entre los años 260 y 272—, el Imperio de Palmira logró, bajo el gobierno de la reina Zenobia, someter a Egipto y Anatolia. Su derrota y caída vendría luego de que el emperador romano Aureliano llevara adelante una campaña militar con la que recuperó las provincias orientales.

como Trípoli y Zliten, a manos de radicales salafistas y wahabíes— y el de Tombuctú, en Mali, ciudad inscrita en la Lista del Patrimonio de la Humanidad de la Unesco (1988), que entre 2012 y 2013 fue tomada por extremistas tuaregs que destruyeron decenas de mausoleos y miles de manuscritos antiguos. La actual Relatora Especial menciona estos ataques e indica que son apenas un ejemplo; aun cuando se trate de ejemplos brutales, hay constancia de atentados similares por parte de agentes estatales y no estatales en otras regiones del mundo²⁷⁶. Aunque en la historia de la humanidad han existido muchísimos actos iconoclastas, en los inicios de este siglo XXI, agrega Bennoune, podemos presenciar una “nueva ola de destrucción deliberada”, propiciada por ciertos grupos terroristas que suelen reivindicar y justificar públicamente estos actos que tienden a una suerte de “guerra cultural”, todo lo cual merece ser condenado con la mayor firmeza²⁷⁷. La Relatora repara en la inédita causa ante la Corte Penal Internacional (es la primera por destrucción intencional de patrimonio cultural) que tiene procesado a Ahmad al-Faqi al-Mahdi, antiguo líder de Ansa ed-Din, uno de los grupos armados rebeldes que ocuparon y destruyeron Tombuctú²⁷⁸. La Relatora dice confiar en que “se incoen procedimientos judiciales similares en el futuro, y considera al respecto que la insistencia en la reparación y en el sometimiento a la justicia con arreglo al derecho de los derechos humanos son herramientas importantes”²⁷⁹.

La digresión anterior que nos llevó a tan remotos lugares como Palmira o Tombuctú tenía por objeto ilustrar una manera de vulnerar el derecho a la cultura. Pues la destrucción deliberada de patrimonio cultural, con mayor razón si se trata de sitios considerados patrimonio mundial, constituye una manera manifiesta de hacerlo. Otro ejemplo de acción dolosa en contra de la cultura, aunque a menor escala, es la quema de libros. Se trata de una destrucción intencional de bienes culturales. Esta práctica iconoclasta ha ocurrido en Chile, no solo en los días posteriores al golpe de Estado de

²⁷⁶ ONU (2016). A/HRC/31/59, párrafo 66.

²⁷⁷ ONU (2016). A/HRC/31/59, párrafo 67.

²⁷⁸ A solicitud del gobierno de Mali, en 2013 la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional abrió una investigación sobre los crímenes y violaciones a los derechos humanos ocurridos en dicho país. En septiembre de 2015, la Corte Penal Internacional dictó una orden de detención internacional en contra de Ahmad al-Faqi al-Mahdi, quien sería entregado por autoridades de Níger solo días después. Se le acusó de ser autor intelectual de la destrucción deliberada de diez mausoleos en Tombuctú. Con fecha 27 de septiembre de 2016, el tribunal pronunció sentencia. En ella, se declaró culpable a al-Faqi al-Mahdi del crimen de guerra de atacar sitios históricos y religiosos, condenándosele a 9 años de prisión. La causa se caratuló como *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (rol ICC-01/12-01/15) y la sentencia se encuentra disponible en el sitio web de la Corte Penal Internacional (en inglés): https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

²⁷⁹ ONU (2016). A/HRC/31/59, párrafo 78.

1973. Hace una década, y de manera tan repudiable como inexplicable, una turba de encapuchados sustrajo cerca de 1200 libros de la bodega de la biblioteca de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, para luego hacer una barricada con ellos y quemarlos, a las afueras del campus universitario Juan Gómez Millas, en Santiago²⁸⁰. Este hecho demuestra que los atentados en contra de la cultura pueden ocurrir en lugares inesperados.

Las violaciones al derecho a participar en la vida cultural y al resto de los derechos culturales pueden adoptar las más diversas formas. Cada uno de los derechos expresamente culturales, sea en su dimensión individual o colectiva, así como los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de las minorías, pueden ser menoscabados de maneras distintas. Debido a la interdependencia e interrelación de los derechos humanos, en muchos casos en que se ataca la cultura, uno o más derechos culturales o derechos humanos vinculados resultan menoscabados. En efecto, el derecho a la cultura (como derecho de toda persona a participar en la vida cultural), condensa una diversidad de elementos y entraña una serie de obligaciones que conciernen directa o indirectamente a otros derechos humanos y culturales. Sin embargo, este derecho no suele contar con mecanismos de resguardo específicos ante tribunales domésticos. Esta carencia bien puede ser estimada como una violación al derecho (por omisión), considerando que los Estados partes del Pacto respectivo deben “prever el establecimiento de mecanismos e instituciones eficaces, en caso de que no existan, para investigar y examinar las denuncias de infracciones del párrafo 1, letra a) del artículo 15, establecer la responsabilidad, dar publicidad a los resultados y ofrecer los recursos necesarios, administrativos, judiciales o de otra índole, para resarcir a las víctimas”, como exhorta el Comité²⁸¹.

De este modo, se advierte que encontrar tutela judicial —o administrativa— efectiva para el derecho a la cultura, sancionar al o los responsables en casos de violación al derecho u obtener una eventual reparación por el daño cuando corresponda, implicará siempre una creatividad jurídica especial. Además, con alta probabilidad las acciones o recursos disponibles para intentar resguardarlo en sede judicial o administrativa no sean los más idóneos (considerando la probable falta de mecanismos de protección específicos al derecho a participar en la vida cultural), por más que las

²⁸⁰ Para mayor información sobre este hecho, véase la nota respectiva disponible en el sitio web de la Universidad de Chile: <http://www.uchile.cl/noticias/39228/repudio-generalizado-por-quema-de-libros-de-facultad-de-filosofia> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

²⁸¹ ONU (2009). E/C.12/GC/21, párrafo 72.

implicaciones de cada caso de vulneración al derecho sean distintas y dependan también del o los elementos afectados del derecho. Estas deficiencias, sin embargo, no deben constituir obstáculo suficiente para el resguardo del derecho en cuestión; ante la falta de medios idóneos, se debe recurrir a las herramientas procesales que en cada caso y ordenamiento se pudieran ejercer. Recordemos que hay un estado deficitario de garantía transversal a los derechos económicos, sociales y culturales. Pero una manera de modificar este estado de la cuestión es a través del ejercicio de las técnicas jurídicas disponibles. Como bien indican Abramovich y Courtis, “de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económicos, sociales y culturales no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos”²⁸².

Ahora bien, en casos calificados de violaciones al derecho y/o ante la inexistencia de mecanismos de protección internos que resulten eficaces, resta la posibilidad de acudir a las instancias internacionales pertinentes. Aquí cabe hacer referencia al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2008. Este instrumento contempla un mecanismo de denuncias de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de un procedimiento —similar al establecido en el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— que otorga facultades al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para examinar cada comunicación (nombre que se da a las denuncias), siempre y cuando esta competencia sea reconocida por los Estados mediante la suscripción del Protocolo Facultativo. A este año, de los 42 Estados firmantes, solo 21 lo han ratificado²⁸³. El procedimiento puede resumirse como sigue. Toda persona o grupo de personas que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte y que alegue ser víctima de una violación por ese Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto —entre los que se incluyen, aunque ya sea una perogrullada decirlo, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y los otros derechos expresamente culturales—, puede presentar una comunicación ante el Comité. Esta comunicación debe superar un examen de admisibilidad a realizar por el mismo órgano, conforme al cual se exige que la comunicación sea presentada dentro de un plazo de un año tras el “agotamiento de los recursos

²⁸² ABRAMOVICH & COURTIS (2002), p. 40.

²⁸³ Según información contenida en el sitio web sobre los tratados de las Naciones Unidas (en inglés): <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=IV-3-a&chapter=4&lang=en> [última consulta el 1 de diciembre de 2016]. Chile ha firmado este instrumento pero no lo ha ratificado.

internos”, entre otros requisitos²⁸⁴. Declarado admisible, en casos excepcionales el Comité podrá solicitar al Estado parte la adopción de medidas provisionales antes de examinar el fondo de la comunicación. En todos los casos, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de las partes interesadas con el objeto de llegar a una solución amigable y, en caso de acordarse esta solución, se dará fin al examen de una comunicación. De lo contrario, el Comité examinará la comunicación junto con la documentación ofrecida tanto por la presunta víctima como por el Estado parte y realizará un dictamen, el que podrá o no contener recomendaciones. El Estado parte deberá responder en un plazo de seis meses incluyendo información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones.

²⁸⁴ Véase ONU, Asamblea General (2008). *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado el 16 de diciembre de 1945. Adoptado el 10 de diciembre de 2008. A/RES/63/117, artículo 3.

OBSERVACIONES FINALES

¿Usted cree que la gente privada de cultura no tiene derecho a entender el arte?

Días de Campo, filme de Raúl Ruiz (2004)

Dado que el propósito ha sido acercarse a la noción de los derechos culturales desde el derecho internacional de los derechos humanos, a lo largo de estas páginas se ha procurado no hacer referencia al derecho interno chileno, salvo ciertas excepciones, especialmente en notas a pie de página. Sin embargo, es oportuno consignar que la presente memoria se termina de escribir en circunstancias que hay algunos hechos políticos en curso que resultan relevantes términos jurídicos, por su incidencia en el ejercicio y realización de los derechos culturales en Chile. En primer lugar, el proyecto de ley que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio avanza en el Congreso²⁸⁵. De modo más lento lo hacen las iniciativas que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas, el Consejo Nacional y los nueve Consejos de Pueblos Indígenas²⁸⁶. Por otra parte, se ha iniciado un debate formalizado con miras a establecer una nueva Constitución para Chile. No sería adecuado abordar en profundidad estos procedimientos. Pero sí resta hacer votos por su correcta

²⁸⁵ El proyecto de ley inicial fue firmado por el ex presidente Sebastián Piñera y enviado a la Cámara de Diputados en mayo de 2013. Sin embargo, la presidenta Michelle Bachelet decidió enviar una indicación sustitutiva —es decir, un proyecto de ley que reemplaza al preexistente— que ingresó en enero de 2016. Tras haber sido aprobado en general por la Cámara en su primer trámite constitucional, el proyecto ingresó al Senado a inicios de agosto de 2016. El seguimiento del trámite legislativo se puede hacer en el sitio web de la Cámara de Diputados (boletín N° 8938-24): https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9344&prmBoletin=8938-24 [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

²⁸⁶ La presidenta Bachelet envió en enero de 2016 dos proyectos de ley en esta materia, luego de la realización de una consulta a diversas comunidades indígenas presentes en Chile, en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT y el Decreto Supremo N° 66 de 2013 del Ministerio de Planificación que aplica dicho instrumento internacional en el país. Mientras el proyecto que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas ingresó al Senado, el que instituye el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y los Consejos de Pueblos Indígenas entró a la Cámara de Diputados. Sin embargo, el gobierno decidió retirar el primero de estos proyectos ley en mayo, so pretexto de reingresarlo posteriormente a la Cámara, para que así se tramite en conjunto con el proyecto que crea los Consejos de Pueblos Indígenas, lo que hasta el momento no ha ocurrido. Esta última iniciativa, en tanto, contempla la creación de nueve Consejos de Pueblos Indígenas, correspondientes a cada uno de los pueblos indígenas consultados (a saber: Aymara; Atacameño; Quechua; Diaguita; Rapa Nui; Colla; Mapuche; Kawashkar y Yagán), así como un Consejo Nacional integrado por representantes de todas estas comunidades. El seguimiento del trámite legislativo de este proyecto se puede hacer en el sitio web de la Cámara de Diputados (boletín N° 10526-06): https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10947 [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

materialización, considerando que constituyen procesos considerados necesarios en términos políticos e institucionales. Respecto del futuro Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, cabe esperar que la nueva institucionalidad constituya una plataforma adecuada para llevar a cabo políticas culturales amplias e inclusivas y para promover, en definitiva, los derechos culturales de todas las personas. En cuanto a las iniciativas que establecen el Ministerio y los Consejos de Pueblos Indígenas, se debe aguardar que avancen legislativamente. De concretarse, ello podría significar el comienzo de un nuevo trato por parte del Estado chileno hacia los pueblos indígenas, así como un paso significativo en su reconocimiento e integración, siempre que dicha institucionalidad dé pie para establecer un diálogo intercultural efectivo que permita a estos pueblos ejercer sus derechos colectivos y, en definitiva, preservar y desarrollar sus identidades y expresiones culturales. Sobre la nueva Constitución, se espera que contemple una consagración más amplia de la esfera de la cultura. Hay que considerar que, entre otras ausencias, el texto constitucional actual no contiene alusión alguna a la diversidad cultural existente en el país, menos aún a los pueblos indígenas y a sus derechos, ni consagra, por otra parte, el derecho a participar en la vida cultural.

La actual Constitución de la República de Chile, promulgada en 1980 bajo el régimen militar de Augusto Pinochet, consagra, pese a todo, ciertos derechos relativos a la esfera de la cultura. En primer lugar, el artículo 19, N° 10°, inciso 1° asegura el derecho a la educación. Sin embargo, este derecho no se encuentra resguardado por la acción de protección que la propia Constitución contempla en su artículo siguiente. Luego, el mismo artículo 19, pero N° 10, inciso 6° dispone que corresponde al Estado “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”. Es decir, la salvaguardia del patrimonio cultural nacional se establece como un deber del Estado. Por otra parte, el artículo 19, N° 25 asegura la “libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie” (inciso 1°) y el derecho de autor comprende “la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra” (inciso 2°)²⁸⁷, Respecto de los derechos

²⁸⁷ La libertad de creación y difusión de las artes fue incluida en el artículo 19, N° 25 mediante la reforma constitucional que supuso la Ley N° 19742, promulgada en agosto de 2001. Cabe recordar que la motivación original de esta reforma se encontraba en la censura que sufrió en Chile el filme *La Última Tentación de Cristo* (dirigido por el estadounidense Martin Scorsese y basado en la novela homónima del griego Nikos Kazantzakis), que muestra la historia de vida de un Jesús de Nazaret a quien se le aparece un ángel que lo libera de su crucifixión, hecho tras el que vive cual hombre común, llegando incluso a formar familia, en una semblanza bastante diferente, por cierto, del relato divinizante que de él

reconocidos en el artículo 19, N° 25 sí es posible ejercer la acción de protección del artículo 20. Ahora bien, no hay un reconocimiento constitucional del derecho a participar en la vida cultural (derecho a la cultura), el derecho cultural más relevante según los términos del derecho internacional de los derechos humanos, ni del derecho a participar en el progreso científico y sus beneficios (derecho a la ciencia). Tampoco hay referencia alguna a la diversidad cultural o a la identidad cultural, menos aún un reconocimiento a los pueblos indígenas u originarios existentes en Chile o a sus derechos. Ante estas cuestiones, podría argumentarse que su artículo 5, inciso 2° salva algunas deficiencias al reconocer que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado al respeto de los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y, sobre todo por su última frase, según la cual es “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por

hace el catolicismo. En abril de 1997, meses después de que la Corte de Apelaciones de Santiago acogiera una acción de protección (interpuesta por un conjunto de abogados “en nombre de Jesucristo, la Iglesia católica y por sí mismos”), ordenando dejar sin efecto la resolución del Consejo de Calificación Cinematográfica que revisaba la prohibición de exhibición que desde 1988 recaía sobre la película y autorizaba su difusión para personas mayores de 18 años, por estimar el tribunal que dicho acto conculcaba el derecho al respeto y a la honra en relación a la Iglesia católica y a los recurrentes, el entonces presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle envió un mensaje a la Cámara de Diputados contenido de un proyecto de reforma constitucional. Este tenía por objeto modificar el artículo 19, N° 12, disposición que consagra la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, mediante la introducción —en su inciso primero— de la libertad de creación y de difusión de las artes, y el reemplazo de una referencia a la posibilidad de censurar producción cinematográfica —que estaba contenida en su inciso final— por un enunciado relativo a la calificación de la misma. Esta propuesta, no obstante, sería modificada en el Congreso y la ley de reforma se promulgaría cuatro años después de ingresado el proyecto. Finalmente, se decidió incorporar la libertad de expresión y difusión artística no en el N° 12 del artículo 19, sino en su N° 25, por cuanto tanto en la Cámara como en el Senado se estimó que dicha libertad no es análoga a la libertad de expresión (a la que opinar e informar hacen referencia) y se asocia mejor con el derecho de autor, mientras que la alusión a la censura cinematográfica varió levemente. Entretanto, la sentencia de la Corte de Apelaciones fue ratificada por la Corte Suprema en junio de 1997, con lo que el máximo tribunal nacional avaló la censura del filme, el que calificó de “blasfemia”. Debido a esta resolución, un grupo de ciudadanos acudió a la Comisión Interamericana y, en último orden, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fallaría en contra del Estado de Chile en febrero de 2001. La sentencia de este tribunal internacional indica que si bien no se pudo acreditar que el Estado chileno haya privado o menoscabado el derecho a la libertad de conciencia y de religión —consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, sí establece que violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión —reconocido en el artículo 13 del mismo instrumento— al censurar de manera previa la obra cinematográfica en cuestión. Le ordenó modificar su legislación interna en lo relativo a la censura cinematográfica (lo que se cumpliría con la adopción de la ley antes reseñada), además de condenarlo en costas. Cabe consignar que el juez Cançado Trindade, entonces presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunció voto concurrente en el que ahonda en la responsabilidad internacional del Estado. Esta causa se caratuló como *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile* (serie C, N° 73) y la sentencia se encuentra disponible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016]; para un estudio completo sobre la libertad de creación y difusión de las artes en la Constitución chilena, sus alcances y su historia legislativa, véase VIAL, Tomás (2006). “El derecho a libertad de creación artística en la Constitución”. En: Felipe GONZÁLEZ (editor). *Libertad de Expresión en Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, pp. 243-284.

esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”²⁸⁸. Sin embargo, desde una perspectiva crítica es legítimo estimar que la Constitución chilena consagra de manera insuficiente la esfera de la cultura, toda vez que evita un reconocimiento jurídico de ciertos aspectos que resultan relevantes para fomentar el desarrollo cultural y el respeto, protección y cumplimiento de los derechos culturales.

El 7 de septiembre de 2016, en el Centro Cultural Gabriela Mistral ubicado en Santiago, se llevó a cabo el V Seminario Internacional de Políticas Culturales, organizado por el Observatorio de Políticas Culturales (organización no gubernamental chilena). Bajo el lema “derecho a la cultura, ¡ahora es cuando!”, se abordaron diversos asuntos relacionados con los derechos culturales y, en particular, se abogó por consagrar constitucionalmente un derecho a la cultura (que, como se ha visto y cabe reiterar, es una manera de abreviar el derecho a participar en la vida cultural). En el panel principal de la instancia intervino Eduardo Carrasco, filósofo y músico chileno (fundador de la banda folklórica Quilapayún), cuyas palabras, elocuentes en relación a la necesidad de reconocer tal derecho, merecen ser resumidas a continuación, a manera de ir cerrando estas páginas²⁸⁹.

Carrasco comenzó señalando que el hecho de que se reconozca jurídicamente un derecho a la cultura no es una condición de acceso ella. “La cultura parece ser una cuestión espontánea”; el ser humano se relaciona con ella porque está en el mundo. Pero sin ese reconocimiento, señala, “se libra al individuo a sus propias fuerzas para relacionarse con la cultura”. Así, dicha relación entra en un terreno de peligro. “Dejada la cultura únicamente en manos del mercado o de la iniciativa personal, se consolida la diferencia en el acceso a la cultura”. Esto hace que unos puedan “acercarse a una vida más humana porque tienen los medios para hacerlo, mientras otros se transforman en masa indiferente y poco consciente de sus propias facultades espirituales”. ¿Por qué un derecho a la cultura?, se pregunta Carrasco. Plantea distinguir entre lo “básico” y lo “necesario”. “Lo básico es aquello que sirve de sustento o de fundamento de algo. Por ejemplo, estar vivos, tener buena salud, poder alimentarse, tener un trabajo”. Pero lo básico no es lo más importante para el ser humano. Sin embargo, “el acento práctico siempre está puesto en lo básico”, como si los derechos y

²⁸⁸ La frase final del inciso 2º del artículo 5 fue introducida por la Ley N° 18825. Esta ley —que efectuó un total de 59 modificaciones a la Constitución de 1980— fue decretada por el régimen militar en agosto de 1989, días después de la celebración de un plebiscito nacional que aprobó, por amplísima mayoría, la realización de las reformas constitucionales.

²⁸⁹ El video con la inauguración y el panel principal del V Seminario Internacional de Políticas Culturales, en el que participó Carrasco, se encuentra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=LoLShLqL-VU&feature=share> [última consulta el 1 de diciembre de 2016] [la intervención del autor citado se da entre los minutos 35' y 53', aproximadamente].

las políticas públicas tuvieran siempre que referirse a lo básico, agrega. Pero lo verdaderamente importante es lo necesario. Lo básico es siempre una condición de lo necesario, debe estar en función de ello. “Este orden de cosas son las que conciernen a nuestra satisfacción, al goce de la vida, a nuestra felicidad, pero también a la plena realización como seres humanos”. Mientras que una vida centrada solo en lo básico es una vida empobrecida. Lo básico es un medio, no una finalidad. ¿Para qué trabajamos, para qué comemos?, se pregunta. Resulta absurdo concebir una vida que solo se atiene a resguardar lo básico. Es necesario, en suma, poner el acento en lo que nos importa verdaderamente. Esto no es otra cosa que lo más propio de nuestra naturaleza, nuestras facultades espirituales, nuestra inteligencia. “Y la cultura es el centro mismo de lo importante: a través de ella podemos vivir una vida humana”. Deben existir políticas públicas que aseguren el desarrollo de estos aspectos de la vida humana. La primera preocupación debe ser transformar la realización de lo importante en un derecho. La cultura, en definitiva, ha de considerarse un derecho.

Con todo, hay quienes rechazan reconocer nuevos derechos, más aún si es a nivel constitucional, y sostienen que hacerlo sería un signo de una “inflación de derechos”. Los derechos culturales, en particular el derecho a participar en la vida cultural, son parte de estos nuevos derechos pues, por más que tengan la calidad de derechos humanos, resultan ajenos a la estructura de derechos ya consolidada dentro del derecho objetivo interno. Pero en lugar de nuevos derechos, deben entenderse como una nueva forma de hacer ciudadanía, ya que la ciudadanía es la condición reconocida a las personas de ser portadoras de una serie de derechos y obligaciones que les permiten intervenir en la vida de la comunidad, esto es, participar en la vida política en un sentido amplio. Los derechos culturales constituyen agentes de empoderamiento y de emancipación que dan a las personas el control sobre sus modos de vida y facilitan el disfrute de otros derechos, permitiendo libertad y desarrollo cultural para sujetos, grupos y comunidades. Ellos deben ser reconocidos y concebidos como derechos no solo porque son derechos humanos consagrados internacionalmente, sino porque hablan de cuestiones públicas. La cultura es algo público: se da en la vida en comunidad. Entonces, si aquellos no son entendidos como cuestiones públicas, su realización se reduce a un asunto privado, lo cual trae peligros, como bien recuerda Eduardo Carrasco. Su reconocimiento en cuanto derechos por parte de cada Estado permite que se fije la acción pública a su respecto, y esto constituye el primer paso hacia su realización efectiva. En suma, los derechos culturales deben reconocerse y concebirse como derechos, pues así se publica institucionalmente algo que es público, algo en lo que hay un interés de todos.

CONCLUSIONES

El objeto de fondo de esta memoria ha sido intentar contribuir en la reflexión sobre la relación entre el derecho y la cultura. Conforme a este propósito, ha sido necesario escudriñar la idea de cultura, a través de una breve reseña de su historia. Su origen etimológico indica cultivo y, desde Cicerón, la palabra cultura se ha entendido en referencia a las capacidades intelectuales del ser humano. De allí su estrecha y perpetua vinculación con la idea de educación. Sin embargo, esta no es más que una de las acepciones del sustantivo cultura. A partir del devenir histórico de su idea y de la consolidación de una noción antropológica moderna, que pone de relieve la conducta o los modos de vida de los sujetos y grupos humanos, basados en sus rasgos distintivos, se puede sostener que la cultura tiene un aspecto individual, como cultivo de las facultades del sujeto, individualmente considerado; un aspecto colectivo, en cuanto conjunto de rasgos distintivos de un grupo humano que incluye, entre otros elementos, valores, normas y bienes y, por último, un aspecto general que puede asociarse a la humanidad, toda vez que se relaciona con la idea de progreso o desarrollo de la civilización.

Este concepto amplio de cultura se ha relacionado con el derecho a través de la noción de derechos culturales, conjunto de derechos que constituye una categoría de derechos humanos. Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos es una herramienta que sirve de guía para los Estados. Es una guía tanto jurídica como ética. Los derechos esenciales al ser humano simbolizan un ideal de respeto por la dignidad humana. El derecho internacional, además de consagrar estos derechos, establece obligaciones jurídicas en orden a que los Estados los aseguren. Y si bien resulta difícil imaginar un mundo en el que todos los derechos humanos sean absolutamente respetados, protegidos y realizados, los Estados deben propender hacia ello, no solo porque se comprometen a hacerlo mediante la suscripción de instrumentos normativos que fijan obligaciones, sino también porque hay un deber ético envuelto, expresado en el ideal de respeto a la dignidad intrínseca a todas las personas. Los derechos culturales, por cierto, se inscriben en este ideal.

Se ha visto que todos los derechos humanos, incluidos los derechos culturales, implican medidas u obligaciones tanto positivas como negativas por parte de los Estados. En efecto, conforme al triple esquema de obligaciones, cada derecho humano entraña tres clases o niveles de obligaciones. En

primer lugar, una obligación de respeto, caracterizada por la abstención del Estado en relación a una esfera de libertad del individuo. En segundo lugar, una obligación de protección, que requiere la adopción de medidas que eviten que terceros vulneren dicha esfera de libertad. Por último, una obligación de cumplimiento, que conlleva la adopción de medidas que aseguren las oportunidades de obtener la satisfacción del derecho. Este esquema de obligaciones, reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contradice la dicotomía que se pretende trazar entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo demás, distinguir tan fuertemente unos derechos de otros va en contra de los principios de unidad con arreglo a los cuales se deben interpretar los derechos humanos, a saber, universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia. Lo anterior no quiere decir que no existan diferencias entre las dos grandes categorías de derechos humanos, pero estas son de grado. Mientras los derechos civiles y políticos suponen un énfasis mayor en la obligación de respeto (una obligación negativa), los derechos económicos, sociales y culturales requieren con mayor acento de las obligaciones de protección y de cumplimiento (obligaciones positivas) en orden a ser realizados plenamente. Esto significa dificultades para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque se aprecia que los problemas para exigir en sede judicial el cumplimiento de estos derechos se derivan también de la ausencia de mecanismos procesales específicos. En este sentido, cabe reiterar que respecto de todo derecho humano existe un contenido mínimo que los Estados deben siempre asegurar, sin el cual el derecho pierde toda significación práctica.

¿En qué consisten los derechos culturales? ¿Qué derechos han de ser considerados como tales? Como se ha visto, estas no son preguntas fáciles de responder. Si bien no existe una definición oficial relativa a los derechos culturales, estos se han caracterizado en torno a la idea de derechos que permiten el desarrollo cultural mediante la protección de los diversos modos de vida y visiones de mundo, vinculándose estrechamente con las identidades individuales y colectivas. Se relacionan, en mayor o menor medida, con un amplio espectro de asuntos. No obstante, aquí se ha propuesto un catálogo acotado de derechos culturales, que no pretende ser exhaustivo y que obedece también a una exigencia metodológica, en base a las referencias que se estiman explícitas respecto de la esfera de la cultura en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es decir, las disposiciones de los artículos 26 y 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los artículos 13, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estas normas consagran el derecho a la educación; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico

(derecho a la ciencia); el derecho a 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 autor(a) (derecho a la protección de la autoría) y, por último, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (derecho a la cultura). Es menester subrayar que el catálogo propuesto se conforma de derechos humanos en la esfera de la cultura reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que se habitualmente se entienden adjudicados a cada persona individual, sin perjuicio de que puedan ser ejercidos colectivamente. Se caracterizó cada uno de ellos de manera breve, salvo el derecho a participar en la vida cultural, para el que se reservó la segunda parte del capítulo final.

Se argumentó que un catálogo acotado de derechos culturales no implica necesariamente reducir el espectro de asuntos relacionados con ellos. En efecto, del derecho a participar en la vida cultural (el derecho cultural más evidente y amplio si se deja de lado el derecho a la educación, debidamente tratado como derecho social) se desprenden sendas implicaciones que conciernen al resto de los derechos culturales, a otros derechos humanos especialmente interrelacionados y que tocan también temas que no son entendidos en términos de derechos, pero que son relevantes en la esfera de la cultura. Por otra parte, se sostuvo que todos los derechos humanos poseen una dimensión cultural, no solo en un sentido abstracto según el cual ellos se ejercen dentro de la cultura, sino también en un sentido práctico como idea de adecuación cultural, que ha tomado otros nombres como aceptación o idoneidad cultural, y se refiere a que la realización de un derecho debe hacerse de un modo adecuado o pertinente, apto para un determinado contexto cultural.

En cuanto a los derechos colectivos y la dimensión colectiva de los derechos, se estableció una distinción entre ambos conceptos al indicar que los primeros consisten en derechos especialmente reconocidos por el derecho internacional, mientras que la segunda guarda relación con la posibilidad de ejercer colectivamente los derechos humanos que, en principio, se adjudican al sujeto individual. A los pueblos indígenas se les han adjudicado derechos colectivos, no solo por el agravio histórico que han sufrido, sino en reconocimiento del valor ancestral de su vida cultural, que generalmente se expresa y ejerce comunitariamente. Sin embargo, el derecho internacional no ha concedido derechos colectivos como tales a otras minorías, a las que les queda el uso de la dimensión colectiva de sus derechos individuales. Pero más allá de si se adjudican derechos culturales colectivos a determinados grupos, lo importante es que las comunidades puedan efectivamente

preservar y desarrollar su cultura, es decir, que se resguarde y se promueva el aspecto colectivo de la cultura. Una herramienta jurídica relevante en este sentido, es el ejercicio del derecho a participar en la vida cultural, por cuanto envuelve el respeto a las identidades culturales individuales y colectivas. Si bien no se trata de un derecho colectivo en sí, tiene una dimensión colectiva en cuya virtud se puede ejercer en comunidad. Por lo demás, se señaló que tanto los derechos culturales colectivos de los pueblos indígenas como la dimensión colectiva de los derechos representan un contrapunto que complementa los derechos humanos, comprendidos en ellos los derechos expresamente culturales, cuyo énfasis reside en el individuo.

Adicionalmente, se abordaron algunos conceptos relevantes que se relacionan con los derechos culturales, como los de identidad, patrimonio y diversidad cultural. Se sostuvo que la identidad cultural juega un papel de reconocimiento en las sociedades que reafirma el valor de la dignidad humana. Ella se manifiesta tanto individual como colectivamente. Mientras las identidades individuales subrayan los rasgos que distinguen a una persona de otra, las identidades colectivas resaltan las similitudes entre los diferentes miembros de un grupo. El patrimonio cultural, por su parte, interesa en su faceta colectiva pues remite a un conjunto de recursos —bienes tangibles e intangibles— relevantes para un grupo o comunidad, en el sentido de que simbolizan una herencia cultural y tienen la capacidad de producir identificación cultural mediante el reflejo de ciertas características o rasgos distintivos de las identidades individuales y colectivas.

Se vio que el respeto a la diversidad cultural se encuentra estrechamente relacionado con los derechos humanos, ya que constituye un valor representativo de la dignidad humana. No obstante, no debe confundirse con el relativismo cultural. Hay ciertas prácticas culturales que no pueden ser aceptadas ética y jurídicamente, por cuanto se encuentran reñidas con los derechos humanos, y nadie puede invocar la diversidad cultural para violar estos derechos. Hay un desafío, entonces, al interior de cada grupo humano (y a nivel moral, al interior de la conciencia de cada persona), de reconocer y erradicar las prácticas culturales negativas. En consecuencia, la diversidad cultural como valor es una diversidad cultural acotada a los márgenes de los derechos humanos, por lo que bien podría hablarse de pluralismo cultural.

En cuanto al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, cuya enunciación puede resumirse como derecho a participar en la cultura o, más escueto aún, como derecho a la cultura, se ha calificado como el derecho cultural más amplio y obvio. Es por ello que se ha puesto énfasis en

su análisis, el que se hizo siguiendo la interpretación que de él hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 21 de 2009. Así, se indicó que la participación en la vida cultural se desagrega en poder acceder, contribuir y participar de ella. Por otra parte, y al igual que otros derechos económicos, sociales y culturales, este derecho contempla un marco analítico general que se compone, en este caso, de cinco características interrelacionadas: disponibilidad; accesibilidad: aceptabilidad; adaptabilidad e idoneidad. Estas características consideran diversos aspectos relativos a la realización efectiva del derecho y deben ser tomadas en cuenta por los Estados al cumplir las diversas obligaciones que se derivan del derecho. Adicionalmente, se entiende que los Estados deben tener especial consideración por ciertos grupos y comunidades que se encuentran en una situación de desigualdad en relación al disfrute de este derecho: las mujeres; los niños; las personas mayores; las personas con discapacidad; las minorías; los migrantes; las personas pertenecientes a pueblos indígenas y las personas que viven en la pobreza.

En cuanto a las obligaciones jurídicas de los Estados relativas a este derecho, se ha visto que el Comité ha realizado una clasificación amplia de las obligaciones jurídicas, señalando que existen obligaciones generales, específicas, básicas e internacionales. De estas, las obligaciones generales se remiten a garantizar que el derecho a participar en la vida cultural sea ejercido sin discriminación, a reconocer las prácticas culturales y a no injerirse en el disfrute y realización de dichas prácticas. Todas estas obligaciones, además de generales, son de aplicación inmediata. Del mismo modo se deben aplicar las obligaciones básicas, que son correlativas al contenido mínimo del derecho. Las obligaciones específicas, por su parte, albergan una subdivisión relativa a los tres niveles de obligaciones (el triple esquema) presentes en todos los derechos humanos, esto es, las obligaciones de protección, respeto y cumplimiento. Además, se ha hecho notar que la obligación específica de cumplimiento se subdivide en las obligaciones de facilitar, promover y proporcionar. Estas últimas representan un esfuerzo especial de los Estados pues requieren, en mayor medida, prestaciones positivas supeditadas a la existencia de recursos disponibles. Es en ellas que los Estados deben fijar mayor atención, a fin de que este derecho sea realice plenamente y pueda ser ejercido por todas las personas, y no solo por quienes tienen los medios suficientes para acceder, contribuir y participar de la cultura. Por último, se señaló que las violaciones al derecho a la cultura pueden adoptar múltiples formas y que, ante estas vulneraciones, la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia si bien presenta dificultades, como en general sucede respecto de los derechos económicos, sociales y

culturales, ello no debe significar un obstáculo que impida buscar tutela mediante los mecanismos jurídicos disponibles.

Al tratar los temas planteados, seguramente han quedado varios cabos sueltos o asuntos no suficientemente esclarecidos. Se propone no ver esto como una señal negativa, sino como una invitación a seguir reflexionando sobre los derechos culturales y las cuestiones que se suscitan a propósito de ellos. Resta mucho por hacer en orden a otorgar mayor visibilidad a estos derechos, lo que implica promocionarlos, pero también estudiarlos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTÍCULOS, LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

ABRAMOVICH, Víctor & COURTIS, Christian (2001). "Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales". En: Christian COURTIS & Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA (editores), *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, pp. 3-29.

ABRAMOVICH, Víctor & COURTIS, Christian (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel & VODANOVIC, Antonio (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes General y Preliminar*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ATRIA, Fernando (2004). "¿Existen derechos sociales?". *Discusiones*, N° 4, pp. 15-59.

BAUMAN, Zygmunt (2002). *La Cultura como Praxis* (traducción de Albert ROCA ÁLVAREZ). Barcelona: Paidós.

BUSTAMANTE, Javier (2001). "Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica". *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, N° 1 [artículo en línea]. Disponible en: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

CANÇADO TRINDADE, Antônio (1994). "Derechos de solidaridad". En: Rodolfo CERDAS CRUZ & Rafael NIETO LOAIZA (compiladores), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo I. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 63-73.

CASTRO LUCIC, Milka (2002). "Identidades indígenas, diálogos interculturales. Desafíos de nuestra época". *Revista del CESLA*, N° 4, pp. 7-25.

CASTRO LUCIC, Milka (2014). "Los puentes entre la antropología y el derecho". En: Milka CASTRO LUCIC (editora), *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. Santiago: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 17-64.

CHARTERS, Claire & STAVENHAGEN, Rodolfo (2010). "La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: cómo se hizo realidad y qué nos anuncia". En: Claire CHARTERS & Rodolfo STAVENHAGEN (editores), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague: IWGIA, pp. 10-15.

CICERÓN (2005). *Disputaciones Tuluscanas* (traducción de Alberto MEDINA). Madrid: Gredos.

DONDERS, Yvonne (2004). "El marco legal del derecho a participar en la vida cultural" [artículo en línea]. Disponible en: http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals82.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

ELIOT, Thomas Stearns (1993). *La Unidad de la Cultura Europea. Notas Hacia una Definición de Cultura* (traducción de Félix DE AZÚA). Madrid: Ediciones Encuentro.

EVANS-PRITCHARD, Edward Evan (1987). *Historia del Pensamiento Antropológico* (traducción de Isabel VERICAT). Madrid: Cátedra.

FIGUEROA, Rodolfo (2009). "Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, pp. 313-342.

GÜELL, Pedro (2008). "¿Qué se dice cuando se dice cultura? Notas sobre el nombre de un problema". *Revista de Sociología*, N° 22, pp. 37-64.

HARVEY, Edwin (1995). "Derechos culturales". Documento de la colección de la *Cátedra Unesco de Derechos Culturales*, Universidad de Palermo [artículo en línea]. Disponible en: http://www.educ.ar/recursos/ver?rec_id=90841 [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

HOBBS, Thomas (2005). *Leviatán* (traducción de Manuel SÁNCHEZ SARTO). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

IRINA, Dana (2011). "A culture of human rights and the right to culture". *Journal for Communication and Culture*, vol. 1, N° 2, pp. 30-48.

ITURRALDE, Diego (2008). "Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes". *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, N° 5 [artículo en línea].

Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/906/90600503.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

KYMLICKA, Will (1996). *Ciudadanía Multicultural. Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías* (traducción de Auleda CASTELLS). Barcelona: Paidós.

KROEBER, Alfred & KLUCKHOHN, Clyde (1952). *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*. Cambridge: Harvard University.

NIEI, Halina (2001). "Sentar las bases para la realización de los derechos culturales". En: UNESCO, *¿A Favor o en Contra de los Derechos Culturales?* [...], pp. 282-283

ORELLANA BENADO, Miguel (2010). "Negociación moral". En: Miguel ORELLANA BENADO (compilador), *Causas Perdidas. Ensayos de Filosofía Jurídica, Política y Moral*. Santiago: Catalonia, pp. 261-281.

ORELLANA BENADO, Miguel (2011). "Pluralismo. Una ética para el siglo XXI". En: *Prójimos Lejanos*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 25-77.

ORTEGA Y GASSET, José (1965). "Juan Vives y su mundo". En: *Obras Completas*, tomo IX. Madrid: Revista de Occidente, pp. 507-544.

PECES-BARBA, Gregorio (1994). "La universalidad de los derechos humanos". *Doxa*, N° 15-16, pp. 613-633.

PRIETO DE PEDRO, Jesús (2002). "Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados". *Pensar Iberoamérica*, N° 1 [artículo en línea]. Disponible en: <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric01a04.htm> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

PRIETO DE PEDRO, Jesús (2004). "Derechos culturales y desarrollo humano". *Pensar Iberoamérica*, N° 7 [artículo en línea]. Disponible en: <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

PRIETO DE PEDRO, Jesús (2008). "Derechos culturales, el hijo pródigo de los derechos humanos". *Crítica*, N° 952, pp. 19-24.

RABOSI, Eduardo (1997). "Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché". *Lecciones y Ensayos*, N° 69-70-71, pp. 41-52.

RITTER, Harry (1986). "Culture". En: *Dictionary of Concepts in History*. Connecticut: Greenwood Press, pp. 93-98.

RIOU, Alain (1996). *Le Droit de la Culture et le Droit à la Culture*. Paris: ESF Éditeurs.

SILVA SANTISTEBAN, Fernando (1998). "Variaciones sobre un mismo término (los problemas de la cultura)". *Lienzo*, N° 19, pp. 9-51.

SILVA SANTISTEBAN, Fernando (2000). *Introducción a la Antropología Jurídica*. Lima: Fondo de Cultura Económica-Universidad de Lima.

SOBREVILLA, David (1998). "Idea e historia de la filosofía de la cultura en Europa e Iberoamérica. Un esbozo". En: David SOBREVILLA (editor), *Filosofía de la Cultura* (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 15). Madrid: Trotta, pp. 15-36.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2001). "Derechos culturales: el punto de vista de las ciencias sociales". En: UNESCO, *¿A Favor o en Contra de los Derechos Culturales?* [...], pp. 19-48.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2010). "Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva". En: Claire CHARTERS & Rodolfo STAVENHAGEN (editores), *El Desafío de la Declaración* [...], pp. 374-395.

STAMATOPOULOU, Elsa (2008). "The right to take part in cultural life". Documento de trabajo presentado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 9 de mayo de 2008. E/C.12/40/9.

SYMONIDES, Janusz (1998). "Cultural rights: a neglected category of human rights". *International Social Science Journal*, N° 158, pp. 559-572.

SYMONIDES, Janusz (1993). "The history of the paradox of cultural rights and the state of the discussion within Unesco". En: Patrice MEYER-BISCH (editor), *Les Droits Culturels. Une Catégorie Sous-Développée de Droits de l'Homme. Actes du VIII^e Colloque Interdisciplinaire sur les Droits de l'Homme*. Fribourg: Éditions Universitaires, pp. 47-72.

TAYLOR, Charles (2009). "La política del reconocimiento". En: Charles TAYLOR & al., *El Multiculturalismo y "La Política del Reconocimiento"* (traducción de Mónica UTRILLA DE NEIRA & al.). México: Fondo de Cultura Económica.

TEIXEIRA COELHO, José (2008). "Brindando concreción a los derechos culturales". En: Daniela BOBBIO (compiladora), *Tensiones. Selección de Conferencias del Programa de Formación en Gestión Cultural*. Córdoba: Ediciones del Centro Cultural de España, pp. 127-146.

THORNBERRY, Patrick (2008). "Cultural rights and universality of human rights". Documento de trabajo presentado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 9 de mayo de 2008. E/C.12/40/15.

TUGORES, Francesca & PLANAS, Rosa (2006). *Introducción al Patrimonio Cultural*. Gijón: Trea.

TYLOR, Edward Burnett (1977). *Cultura Primitiva* (traducción de Marcial SUÁREZ), vol. I, "Los orígenes de la cultura". Madrid: Ayuso.

VASÁK, Karel (1977). "La larga lucha por los derechos humanos". *El Correo de la Unesco*, año XXX, pp. 29-32.

VÁZQUEZ, Luis Daniel & SERRANO, Sandra (2011). "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica". En: Miguel CARBONELL & Pedro SALAZAR (coordinadores), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma*. México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 133-165.

VIAL, Tomás (2006). "El derecho a libertad de creación artística en la Constitución". En: Felipe GONZÁLEZ (editor). *Libertad de Expresión en Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, pp. 243-284.

WILLIAMS, Raymond (1983). "Culture". En: *Keywords. A Vocabulary of Culture and Society*. New York: Oxford University Press, pp. 87-93.

ZALAUQUETT, José (2008). "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas". *Anuario de Derechos Humanos*, N° 4, pp. 139-148.

ZURITA, Raúl (2015). "Cultura, una palabra arrasada". *Observatorio Cultural*, N° 28, pp. 4-5.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS Y DOCUMENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS

ONU, Asamblea General (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Adoptada el 26 de junio de 1945.

ONU, Asamblea General (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptada el 10 de diciembre de 1948. A/RES/217A.

ONU, Asamblea General (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. A/RES/21/2200A.

ONU, Asamblea General (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. A/RES/21/2200A.

ONU, Asamblea General (1979) *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Adoptada el 18 de diciembre de 1979. A/RES/34/180.

ONU, Asamblea General (1980). *Distintos Criterios y Medios Posibles dentro del Sistema de las Naciones Unidas para Mejorar el Goce Efectivo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Adoptada el 15 de diciembre de 1980. A/RES/35/174.

ONU, Asamblea General (1986). *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*. Adoptada el 4 de diciembre de 1986. A/RES/41/128.

ONU, Asamblea General (1992). *Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*. Adoptada el 18 de diciembre de 1992. A/RES/47/135.

ONU, Asamblea General (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Adoptada el 13 de diciembre de 2007. A/RES/61/295.

ONU, Asamblea General (2008). *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado el 10 de diciembre de 2008. A/RES/63/117.

ONU, Asamblea General (2009). *Derechos Humanos y Diversidad Cultural*. Adoptada el 18 de diciembre de 2009. A/RES/64/174.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). *Observación General N° 3*. Presentada el 14 de diciembre de 1990. E/1991/23.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999a). *Observación General N° 12*. Presentada el 12 de mayo de 1990. E/C.12/1999/5.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999b), *Observación General N° 13*. Presentada el 8 de diciembre de 1999. E/C.12/1999/10.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Observación General N° 14*. Presentada el 11 de agosto 2000. E/C.12/2000/4.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005). *Observación General N° 17*. Presentada el 12 de enero de 2006. E/C.12/GC/17.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). *Observación General N° 21*. Presentada el 21 de diciembre de 2009. E/C.12/GC/21.

ONU, Conferencia Internacional de Derechos Humanos (1968). *Proclamación de Teherán*. Adoptada el 13 de mayo de 1968. A/CONF/32/41.

ONU, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Adoptada el 25 de junio de 1993. A/CONF/157/23.

ONU, Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales (2010). *Informe de la Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales*. Presentado el 22 de marzo de 2010. A/HRC/14/36.

ONU, Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales (2011). *El Derecho de Acceso al Patrimonio Cultural y sus Disfrutes*. Presentado el 21 de marzo de 2011. A/HRC/17/38.

ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2012a). *Derecho a Gozar de los Beneficios del Progreso Científico y sus Aplicaciones*. Presentado el 14 de mayo de 2012. A/HRC/20/26.

ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2012b). *El Disfrute de los Derechos Culturales por las Mujeres, en Condiciones de Igualdad con los Hombres*. Presentado el 10 de agosto de 2012. A/67/287.

ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2013). *El Derecho a la Libertad de Expresión Artística y a la Creación*. Presentado el 14 de marzo de 2013. A/HRC/23/34.

ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2014). *Políticas sobre Derechos de Autor y el Derecho a la Ciencia y la Cultura*. Presentado el 24 de diciembre de 2014. A/HRC/28/57.

ONU, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales (2016). *Alcance de los Derechos Culturales y Opiniones Preliminares sobre la Destrucción del Patrimonio Cultural como Violación de los Derechos Humanos*. Presentado el 3 de febrero de 2016. A/HRC/31/59.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA UNESCO

UNESCO, Conferencia General (1945). *Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura*. Adoptada el 16 de noviembre de 1945.

UNESCO, Conferencia General (1966). *Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional*. Adoptada el 4 de noviembre de 1966.

UNESCO, Conferencia General (1972). *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*. Adoptada el 16 de noviembre de 1972.

UNESCO, Conferencia General (1976). *Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de la Masas Populares en la Vida Cultural*. Adoptada el 26 de noviembre de 1976.

UNESCO, Conferencia General (2001a). *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*. Adoptada el 2 de noviembre de 2001

UNESCO, Conferencia General (2003a). *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*. Adoptada el 17 de octubre de 2003.

UNESCO, Conferencia General (2003b). *Declaración relativa a la Destrucción Intencional del Patrimonio Cultural*. Adoptada el 17 de octubre de 2003.

UNESCO, Conferencia General (2005). *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*. Adoptada el 20 de octubre de 2005.

OTROS DOCUMENTOS DE LA UNESCO

UNESCO (1970). *Les Droits Culturels en tant que Droits de l'Homme*. Paris: Unesco. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001334/133420fo.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

UNESCO (1997). *Nuestra Diversidad Creativa* (Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo). Madrid: Ediciones SM-Ediciones Unesco. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001036/103628s.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

UNESCO (2001). *¿A Favor o en Contra de los Derechos Culturales? Compilación de Ensayos en Conmemoración del Cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos* (bajo la dirección de Halina NIEI). París: Ediciones Unesco. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123891S.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

UNESCO (2009). *The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications*. Paris: Unesco. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001855/185558e.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

UNESCO (2010). *Invertir en la Diversidad Cultural y el Diálogo Intercultural* (Informe Mundial). París: Ediciones Unesco. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001878/187828s.pdf> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE OTROS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS DE LAS NACIONES UNIDAS

OMPI, Asamblea General (1979). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Adoptado originalmente el 9 de septiembre de 1886 (última modificación hecha el 28 de septiembre de 1979).

OIT, Conferencia Internacional del Trabajo (1989). *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Adoptado el 27 de junio de 1989.

DOCUMENTOS DE OTRAS ENTIDADES INTERNACIONALES

CIUDADES Y GOBIERNOS LOCALES UNIDOS (2004). *Agenda 21 de la Cultura*. Adoptada el 8 de mayo de 2004. Disponible en: <http://www.agenda21culture.net/index.php/es/docman/agenda21/222-ag21es/file> [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

CIUDADES Y GOBIERNOS LOCALES UNIDOS (2015a). *Cultura 21: Acciones*. Adoptada el 19 de marzo de 2015. Disponible en: http://www.agenda21culture.net/images/a21c/nueva-A21C/C21A/C21_015_spa.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

CIUDADES Y GOBIERNOS LOCALES UNIDOS (2015b). *Cumbre de Cultura de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos. Cultura y Ciudades Sostenibles* (Informe Final). Disponible en: http://www.agenda21culture.net/images/a21c/summits/bilbao/report_CultureSummit-CGLU-Bilbao_SPA-low.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1986). *Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptados el 2-6 de junio de 1986.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1997). *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptadas el 22-26 de enero de 1997.

GRUPO DE FRIBURGO (2007). *Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales*. Adoptada el 7 de mayo de 2007. Disponible en: http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (2006). *Carta Cultural Iberoamericana*. Adoptada el 4-5 de noviembre de 2006. Disponible en: www.oei.es/xvi/xvi_culturaccl.pdf [última consulta el 1 de diciembre de 2016].